MANUALES REUS.—VOLUMEN XVI.

DE LA CERTIDUMBRE

EN LOS

JUICIOS CRIMINALES

Ó

TRATADO DE LA PRUEBA EN MATERIA PENAL

POR

PEDRO ELLERO

Senador del Reino y Consejero de Estado.

TRADUCCIÓN

DE

ADOLFO POSADA

Profesor en la Universidad de Oviedo.

(Tercera edición española.)

6 pesetas en Madrid y 6,50 en provincias.

MADRID

HIJOS DE REUS, EDITORES

Cañizares, 3 duplicado.

1913

HIJOS DE REUS, Impresores.— Cañizares, 3 duplicado.

PROSPECTO

Con este décimosexto volumen, de indiscutible valor, continuamos hoy la biblioteca manuable, que iniciamos con la *Novísima legislación del Impuesto de Derechos Reales*, biblioteca manuable que viene á solucionar la necesidad constantemente reclamada por los profesionales del foro.

Los **Manuales Reus** comprenderán siempre volúmenes de índole jurídica y administrativa, ya comentando, anotando y publicando disposiciones recientes de nuestra legislación, ya dando á conocer algunas obras de autores importantes, que, por su especial índole, merezcan ser publicadas en esta sección.

Sobre estos **Manuales** bástanos asegurar hoy que todos sus volúmenes serán esmeradamente confeccionados, con notas cuidadosas y aclaraciones adecuadas, además de importante jurisprudencia adicional sobre cada materia, por los más competentes redactores de nuestra *Revista general de Legislación y Jurisprudencia*, hecho significativo de que, bajo los auspicios de publicación tan importante, no podrá menos de reunir el carácter utilitario, que es cualidad primordial é indispensable en esta clase de obras.

Los editores **Hijos de Reus,** conocidos de todo profesional jurídico, demostrarán, en estos nuevos **Manuales,** igual interés por atender las exigencias del público que el demostrado en publicaciones que, por su importancia, son de todos conocidas: *Revista general de Legislación y Jurisprudencia, Colección Legislativa de España, Biblioteca jurídica de Autores españoles y extranjeros, Biblioteca oficial legislativa, Biblioteca de Oposiciones, Biblioteca de Repertorios, Clásicos jurídicos,* etc., etc.

Los **Manuales Reus** se publicarán en volúmenes de un tamaño aproximado á los dieciséis publicados, según la extensión de cada materia, y su precio no será nunca superior á *10 pesetas* por cada tomo. Todos ellos irán encuadernados en igual forma que este ejemplar, y conforme avance esta publicación, tendrá cada vez más completa todo abogado su biblioteca necesaria é indispensable.

Nunca descuidamos los intereses económicos de nuestros constantes favorecedores; jamás en ninguno de nuestros actos dimos señal de desagradecimiento á los que con su ayuda nos permitieron llevar siempre adelante nuestras obras en bien de la cultura jurídica de nuestra Patria, y siguiendo esta tradicional costumbre, á los que desde hoy nos entusiasmen con su adhesión á esta Biblioteca, les ofrecemos una ventaja considerable, dado el coste elevado de estos trabajos; un beneficio positivo que gustosos realizamos.

Dicho beneficio consiste en el descuento del **diez por ciento** en el precio de los volúmenes publicados y sucesivos á todos los adquirentes de este ejemplar que llenen el boletín adjunto de suscripción, remitiéndolo á correo seguido

Al vendedor de este ejemplar.

Se ruega á los señores libreros y corresponsales no dejen nunca de fijar el sello de su establecimiento en el boletín de suscripción, que figura en este libro, para remediar la falta de cumplimiento de esta indicación por parte del comprador. Esta Casa editorial, tan pronto como reciba el boletín de suscripción, pasará un aviso al vendedor del libro comunicándole la llegada del boletín y nota de comisión por los volúmenes publicados é igualmente por cada uno de los que sucesivamente se envíen.

Sin este previo requisito, será inútil solicitar ninguna clase de rebajas por ningún concepto, por ser esta ventaja excepcional, concedida únicamente á los que contribuyen económicamente al desarrollo de esta publicación.

Tomo XVI

BOLETÍN DE SUSCRIPCIÓN

D. .... *que vive en* ....

provincia de .... *calle de* ....

núm. .... *se suscribe á los* **MANUALES REUS**, *desde el volumen*

.........., *cuyo pago realizará conforme se publiquen, deducido el descuento del*

diez por ciento *de su precio de venta.*

.... *de* .... *de 191*....

Sello del vendedor.

El suscriptor,

Notas.—Remítase franqueado como carta, para evitar extravío, á la dirección indicada.—Es necesario que el suscriptor indique los volúmenes que posee de esta Biblioteca, para evitar duplicidad de envío por parte de la Casa editorial.

Importante.—A los corresponsales y libreros rogamos sellen todos los boletines de suscripción de los **ejemplares que vendan, por ser conveniente para sus intereses, conforme á lo indicado en este prospecto.**

DE LA CRÍTICA CRIMINAL

I

De las disciplinas criminales en general y especialmente de la crítica criminal.

El amor patrio fué siempre un acicate de nobles y magnánimas acciones; pero en vano hierve y se agita en el pecho cuando el pueblo se encuentra despojado de su vida pública; entonces, quien quiera que en el rebaño de esclavos siente inclinarse su alma hacia las grandes proezas, y, sin embargo, tiene que refrenarse y hasta apagar el ardor que las inunda, debe morir sin haber sido comprendido, infructuoso y desconsolado. Cerrado el camino de las grandes aspiraciones sociales, los espíritus nobles vuelven sus miradas y dirigen sus pasos á la literatura; pero los más, atemorizados ante el árido desierto que les rodea, y desesperados porque no habrá de ser oída su voz, ó

porque será nulo su influjo, pasan su vida en vanos entretenimientos, convirtiendo las letras en mero solaz y recreo individual. Mas quien quiera honrar á la patria y servirla, á causa de la tristeza de los tiempos, con sólo obras de pluma, debe, á lo menos, cultivar estudios severos, procurando despertar la conciencia pública y preparando á los demás en la disciplina de la vida cívica.

Y á la verdad, á pesar de lo adverso de las circunstancias de los últimos tiempos, algunos espíritus fuertes, luchando con el celo de quien pretendía prohibirles el cultivo de la verdadera sabiduría, dieron prueba espléndida de que el genio y el sentido jurídico no se habían agotado en los descendientes de los jurisconsultos romanos. Una de las disciplinas sociales, predilecta durante casi siglos, entre nosotros, y ávida de todas las reformas necesarias, fué la penal; en ella se produjo una ilustre pléyade de ingenios italianos que elevaron sus nombres muy alto é influyeron poderosamente en el extranjero, impulsando hacia adelante la civilización. Realmente, si en Europa y en América se transformó la legislación penal, de fiera en humana, y desaparecieron los tormentos atroces y los falsos delitos, á nosotros se debe, á nuestros grandes hombres, como Beccaria, Filangieri, Pagano, Renazzi, Cremani, Romagnosi, Carmignani, Rossi... y tal fué la última victoria, en el

orden del tiempo, de la itálica civilización. Por esto los estudios penales (únicos entre los sociales que eran lícitos en ciertas partes de la península) deben constituir nuestra más firme ambición, y, por decirlo así, nuestra herencia, llegando hasta los últimos principios; que el campo no está aún libre de todos los obstáculos, ni es tan augusto que no se pueda mejorar indefinidamente.

Esta situación no completamente franca, es lo que ha impedido llevar al debate árduo y difícil de la jurisprudencia penal, algunos de los estudios geniales, debiendo además tener en cuenta que una dura experiencia impone todavía nueva reserva... Por mi parte, tal situación me obliga á proceder con cautela y prudencia, ya que, al fin y al cabo, consideraciones debidas á la tranquilidad general, impiden en ciertos momentos decir las cosas con toda claridad, no tanto, por temer al peligro (¡Dios nos libre!), cuanto por hábil deseo de contemporizar. Dado esto, uno de los estudios más inofensivos de profesar y más útiles de exponer, y que más se separan de las contingencias políticas, de los intereses concretos, de los temores y de las esperanzas, paréceme el referente á la lógica judicial, ó bien al criterio y á los medios de la certidumbre. Así, dejando para el porvenir el estudio de aquellos temas que podrían suscitar ciertas discusiones, limitaréme á tratar de

este, frío y sutil, pero grandioso asunto, de la *crítica criminal*.

Entiendo por crítica la *disciplina de lo cierto*; por tanto, la crítica criminal, según que se considere como teoría ó como práctica, es la *ciencia* ó el *arte de adquirir certidumbre en los juicios criminales*. Sea ó no precisa la palabra, no importa; basta para entendernos, y que en el uso se le interprete en ese mismo sentido. Hubiera dicho *probatoria penale* si su objeto se redujera tan solo á las pruebas; pero como se trata de un tema más amplio, la amplitud del tema exige nuevas palabras, ó mejor, palabras antiguas aplicadas á conceptos nuevos.

Pero ¿en qué consiste la novedad? No es fácil responder en breves términos. Por de pronto creo no haberme limitado á repetir lo dicho por otro (en cuyo caso me callaría); antes bien, aprovechándome del patrimonio de datos científicos, por otros descubiertos y acrecentados, creo haber enderezado estas investigaciones á la verdadera meta, la certeza pura, merced á su legítima guía, la lógica. He rechazado, en su virtud, todo lo que con esta última no tuviera que ver, á pesar de hallarse consagrado por la autoridad y por la costumbre; ya que me parece que ciertas instituciones de los romanos, convertidas por los doctores en principios, usurparon su función á la lógica y

trastornaron la crítica criminal. Paréceme también necesario hacer notar que en los Tratados hasta ahora publicados acerca de este punto (entre los cuales los de Bentham y Mittermaier son sin duda los mejores, no pudiendo desconocer, antes bien, debo proclamar el hermoso fruto que de ellos se obtiene), se ha incurrido, aunque no voluntariamente, en uno ú otro de estos cuatro defectos: I, falta de una distinción perfecta entre las pruebas criminales y las civiles; II, confusión de las leyes absolutas de la certidumbre con las sugestiones de la conveniencia; III, falta de una separación adecuada entre las cuestiones críticas y las que se refieren á los ritos procesales; IV, omisión completa ó falta de consideración bastante, de las presunciones, que son una parte tan esencial del juicio criminal. En el desarrollo ulterior de la investigación habrá ocasión de reconocer estos defectos con relación á los casos particulares; pero, independientemente de esto, debo decir ahora algunas palabras respecto del segundo y del tercero de los defectos indicados.

Se afirma, verbigracia, comúnmente, que el testimonio no jurado, ó bien el de los correos, no vale. Ahora bien, en mi concepto, confúndese aquí una cuestión de *esencia* con una cuestión de *forma*; la verdadera naturaleza con la economía de la prueba; un principio lógico, en suma, con una conve-

niencia moral y política. El testimonio *conviene* que vaya acompañado de juramento, porque éste confirma la tendencia impulsiva hacia la verdad; conviene también que no siempre se acoja la manifestación de personas perdidas, ó interesadas de cualquier manera, en un éxito injusto del proceso. Pero no por esto es menos cierto que las deposiciones, aunque sean no juradas ó de correos, que se encuentren revestidas de todos aquellos requisitos esenciales (no de los formales) que las hacen verídicas, y que en su virtud atraen la adhesión del ánimo, son propias para procurar prueba plena (VIII, XXII, XXV, XXVIII).

No hay, pues, tratados relativos á las pruebas penales, que no se entretengan en cuestiones accesorias que se refieren, no á ellas, sino al procedimiento. Puede éste ser objeto, sin duda, de hermoso estudio, pero siempre en tales condiciones muy ocasionado á errores; así como, por ejemplo, ocurre cuando se discute acerca de los medios probatorios según el sistema inquisitorial ó acusatorio del procedimiento penal, y se deduce que deben ser distintos. Ahora bien, en mi concepto, la forma procesal es completamente indiferente con relación á los medios de prueba y de certeza. Procédase por síntesis ó mediante análisis, por acusación ó bien por inquisición, un hecho no es cierto sino cuando los medios que lo ponen de mani-

fiesto (decretados ó no por la ley) ofrecen ó provocan la certeza esencial del mismo. Una obra de crítica criminal debe prescindir de toda traba proveniente de las instituciones y de los preceptos legales, para mirar tan sólo á la mera certeza. Donde quiera que (y esto es lo propio del procedimiento inquisitorial) el legislador señale cánones para el juicio, la crítica debe aceptarlos en cuanto se conformen con sus propios cánones: esto es, con la verdad; de otro modo debe rechazarlos. Pero me he adelantado demasiado, tratando de cosas que aún están por discutir y demostrar (IV, XLI; fuerza es que volvamos sobre nuestros pasos para comenzar ordenadamente el estudio de nuestro asunto.

II

De la certeza y de sus especies.

El objeto, según queda dicho, de la crítica es la certeza. Esta es la *persuasión de una verdad;* esto es, la persuasión de que la idea que nos formamos de una cosa corresponde á la misma. Siempre, en efecto, que tenemos por *verdadera* una cosa cualquiera, estamos *ciertos* de ella. Pero cabe que nos equivoquemos: esto es, cabe creer aquello que no es, ya que, residiendo la persuasión en nuestra al-

ma, puede no corresponderse con la realidad que está fuera. Es posible, pues, engañarse, y sin embargo, estar cierto, según la experiencia nos muestra de continuo; pero si se puede dudar de lo verdadero y creer lo falso, la verdad es siempre la *conformidad de la idea con la cosa*, la cual, si se pudiera reconocer absolutamente, certeza equivaldría á verdad; pero «sólo Dios es la verdad» y «el hombre camina entre tinieblas»; el hombre cuya mente está atormentada por la duda, como el corazón por la angustia. Sin embargo, hay ciertos conocimientos en los cuales la impresión de la verdad se refleja de modo tal, que la duda se desvanece: es lo que ocurre con la conciencia de nosotros, y de lo distinto de nosotros, con la intuición del ser y de los principios indiscutibles de contradicción, de causalidad... Este alto grado de certeza caracterízase por la nota de *evidencia* que aquellos conocimientos llevan en sí.

Los objetos de nuestro pensamiento son las *ideas*, que se nos procuran, bien por la mera *inteligencia* (ideas puras), bien en virtud de las *sensaciones*, ó bien en fin, merced á las demás *relaciones* (ideas mixtas). La certeza que surge de las relaciones de la primera clase, llámase *metafísica*; la proveniente de las de la segunda, *física*, y a de la tercera, *histórica*.

Pregúntase cuál certeza sea la superior de entre

las tres: las escuelas generalmente admiten la metafísica como superior á la física y ésta á la histórica. Hay quien piensa de otro modo: Filangieri, en el libro tercero de la *Ciencia de la Legislación*, las reputa iguales, pudiendo, en dos distintas personas, una misma especie de certeza valer más ó menos, ó haber en una misma persona dos especies diversas. Esta opinión fué sostenida por otros: últimamente debe citarse á Brugnoli, el cual, en efecto, al distinguir una certeza *plena* de una *semiplena*, ambas suficientes para la condena, aunque sea con otras palabras, traduce el concepto de un valor diverso. Pascual Galluppi, en los *Elementos de Filosofía*, critica de cierta manera disimulada al legista napolitano: «Aun cuando, escribe, no quepa establecer parangón alguno acerca de la cantidad ó el grado de la certeza, sin embargo, pueden admitirse especies diferentes». Pero él mismo acaba por desenvolver la tesis; en efecto, dados los ejemplos de las tres diferentes certezas («el círculo tiene los radios iguales, el oro es maleable, César conquistó las Galias»), advierte que «estos juicios son de distinta naturaleza, en virtud del diverso modo como el espíritu puede percibir la relación entre el predicado y el sujeto», y en cuanto el predicado del primero es *necesario, constante* el del segundo y *eventual* el del tercero. Ahora bien, ¿no resultará más convencida el alma de

aquello que es necesario que de lo que es contingente y, por tanto, más también de lo que es constante que de lo que es eventual?

Pero añade Filangieri: «Es una certeza metafísica, según la idea común que de la certeza se tiene, que en los triángulos rectángulos el cuadrado de la hipotenusa es igual á la suma de los cuadrados de los catetos, y es una certeza moral que César conquistó las Galias. Y se pregunta: ¿Cuál de estas dos proposiciones será más cierta para un hombre? A lo cual respondo que para un geómetra será más cierta la primera y para un filólogo la segunda. Fáltale al geómetra el conocimiento entero de todos los monumentos que testifican las conquistas de César, y al filólogo el de los raciocinios que demuestran la igualdad del cuadrado de la hipotenusa con los cuadrados de los catetos; ó si tienen el conocimiento de todas estas cosas, no tienen la costumbre de combinar con facilidad completa todo lo que se pide para ver todas las relaciones y todos los resultados.»

Fijémonos en las razones que el ilustre legista aduce para justificar el grado diverso de certidumbre en los dos casos indicados: la posesión ó no de los conocimientos correspondientes. Pero poco cuesta oponerse á sus proposiciones, puesto que lo recto sería suponer en condiciones semejantes de ciencia filológica y geométrica al filólogo y al

geómetra, para luego investigar su certeza. Dada la igualdad de condiciones, ambos se inclinarían con una creencia superior á la proposición matemática; realmente la supuesta diversidad de sus juicios nace al fin y al cabo sólo de la falta de conocimiento de los extremos necesarios en que el juicio mismo hubiera debido fundarse, y sin los cuales no podría ser veraz, y esto no por razones esenciales ó sistemáticas. Sin duda al considerar y ponderar los motivos objetivos, mézclanse con ellos, é influyen, motivos subjetivos; y así puede uno estar cierto de lo que á otro le parece dudoso, pero, supuesta la certeza en sí, resultará mayor ó menor en atención sólo á la esencia de los principios mismos que son su causa. Tan seguro es esto que, sin dirigirse á los doctos, si se presentan dos verdades de fácil comprensión á cualquier hombre vulgar, una del orden metafísico y la otra del histórico (como, por ejemplo, la parte es menor que el todo, Napoleón venció en las Pirámides), desde luego aquél se inclinará con irresistible ímpetu á la primera de las dos. En realidad, pudo ó no pudo ser lo de que Napoleón venciera en las Pirámides; pero no puede no ser lo de que la parte es menor que el tod .

El citado autor de la *Ciencia de la Legislación* añade la cita del ejemplo de Bovillaud y de Viette, dos matemáticos que no confirmaron las propie-

dades de la espiral, demostradas por Arquímedes y hoy reconocidas por todos, para demostrar que «acerca de un mismo punto la certeza metafísica de un hombre puede ser probabilidad ó duda en otro». Pero ¿qué prueba esto sino que aquéllos ó no entendieron al célebre siracusano ó no calcularon bien, y que, en definitiva, ignoraron ó erraron? Ahora bien; esto nada tiene que ver con la certeza y con la duda, sino con la ciencia y con la falta de ciencia. Nosotros, por ejemplo, estamos ciertos de que América existe, mientras que antes del descubrimiento del marino genovés nuestros padres no lo estaban. ¿Qué quiere decir esto? ¿que su ánimo estaba menos inclinado á creer que el nuestro? ¿no será más bien que no tenían aquellos medios y datos que nosotros tenemos para conocer la existencia del nuevo mundo: referencias de viajeros, personas y cosas de allí provenientes, nuestra propia inspección ocular?... Y si entre nosotros se dijera que los que no vieron América pueden estar más ciertos de su existencia que los que la vieron, ¿no provocaría el supuesto la risa? Sin duda que cualquiera de nosotros, aunque no haya ido allá, está cierto, claro es, de que existe; pero su certeza no puede ser igual á la que tendría si hubiera ido. Y que en rigor la certeza física persuade más que la histórica, aparte de que así se manifiesta en el común sentir (como cuando se

dice: *ver con los propios ojos, tocar con la mano...*), nos lo demuestra de un modo claro aquel ejemplo de Santo Tomás, el cual apenas creía en el testimonio plural y santo de los apóstoles, como éstos no habían creído antes en el de las santas mujeres, sino en el de los propios sentidos. Aquél dice de Jesús resucitado: Ver y creer: «si yo no veo en sus manos la señal de los clavos, y si no pongo el dedo en la señal de los clavosy la mano en su costado, yo no creo.» Verdad es que la cautela del apóstol no fué del gusto del Maestro cuando le respondió: «Porque has visto, Tomás, has creído: bienaventurados los que no vieren y creyeren» Mas preciso es reconocer que en los negocios humanos impera la imitación del apóstol que duda, hasta el punto de creer en los dichos lo menos que se puede. Y es natural, ya que en el testimonio propio no puede ocurrir más que la ilusión de los sentidos, mientras que en los testimonios ajenos, además de esto, puede darse la mentira.

Por otra parte, como en la certeza metafísica no puede ocurrir ni siquiera el engaño ó ilusión del sentido, cual ocurre en la física, el alma descansa en aquélla más tranquila que en ésta. Y si se nos dice que en la primera puede darse el error, esto es, que es posible una certeza errónea, establecida merced á la relación de puras ideas (ya que sin este error no se tendría el falso razonamiento),

respondo que no por eso es menos cierto que la certeza metafísica es mayor que la física, como ésta superior á la histórica. Pues si la posibilidad de un falso razonamiento subsiste respecto de la primera, no subsiste menos para las otras dos, en cuanto ya ambas tienen necesidad por igual de un razonamiento, estando además sujetas á otras falsedades especiales suyas. De hecho en la certeza metafísica hay una sola causa posible de falsedad, el error; en la física, dos, el error y la ilusión de los sentidos; en la histórica, tres, el error, la ilusión de los sentidos y la mentira del testimonio. Además, en la esfera de la certeza metafísica, hay nociones ciertas de que no puede permitirse dudar hombre alguno: son éstos axiomas en los cuales certeza y verdad son casi una misma cosa (verbigracia, todo efecto tiene una causa, la parte es menor que el todo, dos cosas iguales á una tercera son iguales entre sí..). Por tanto, siempre que el raciocino se atenga á ellas, producirá en nosotros aquel grado sublime de certeza que llamamos *evidencia*. No vale que un escéptico la niege; su negación no puede tomarse en serio, pues no dice lo que siente, ó delira. Ahora bien, por más que la duda sea sabia y útil, á quien me dijera: dudo de que te hablo, dudo de que pienso, de que existo, dudo de mi duda, dudo de que dudo de mi duda..., yo le diría: perdone, hermano, ¡no dice más que tonterías!

Bien sé, sin embargo, que si profundizamos en los abismos de la metafísica sentimos el terror, el vértigo, y que el alma atemorizada se entrega á la fe, cogiéndose á ella como á roca que avanza sobre un precipicio; y aun allí, que la necesidad del argumento nos persigue hasta tales abismos, exponiéndonos á la befa de los escépticos ¡Oh la fe!... Sin duda parece que no se ha encontrado aún el modo de convencernos indudablemente, cuando se vé en vez de soñar, y cuando se razona en lugar de delirar. .; en cambio todo el que sueña cree estar despierto, y el demente se cree cuerdo... ¿A quién nos asegura que no deliramos y no soñamos? Pero vuelvo á mi asunto, y repito que en algunas proposiciones de caract r evidente debe el hombre creer ciegamente, no pudiendo dar otras razones. Ahora bien, tales axiomas no existen sino en la certeza metafísica, y ahí está su excelencia. Corque aun cuando se diga *ev dencia física*, es un modo de decir inexacto é impropio, pues por más que se tenga el testimonio de las propios sensaciones además de las referencias ajenas, siempre ha lugar al engaño. Tenemos en las pruebas, además de las ilusiones y alucinaciones de los sentidos tan extraordinarias, las ordinarias decepciones de los mismos; así, por ejemplo, cuando en el crepúsculo se toma lo verde por lo azul, ó bien cuando se ve un bastón roto en el agua y no lo está, ó, por fin,

en el curioso fenómeno del espejismo... En el fondo de las ardientes arenas del desierto surge un oasis lleno de encantos: ¡Hélo, allí, allí está!, se exclama; el verdor de las praderas, los lagos, las palmeras, ¡oh infeliz caminante!, todo es falso... La vista, más que ningún otro sentido, es muy engañadora; si no fuera el sentido del tacto que la auxilia y rectifica, viviríamos en un contínuo error. Santo Tomás no se satisfacía con ver, quería tocar las llagas del Cristo resucitado; la vista por sí sola le parecía insuficiente para la certeza, el tacto sólo podía darle la persuasión de la presencia de un cuerpo.

III

De la certeza criminal.

Examinadas la naturaleza y las especies de la certeza (II), es útil conocer cómo se ofrece en los múltiples negocios de la vida. A menudo nos determinamos á algo sólo en virtud de simple creencia; cuando no cabe la certeza, nos conviene elegir aquello que es más probable. Todo lo humano sabido, y todas las ciencias en particular, constan análogamente, no sólo de datos ciertos, sino también de probables. El asunto de esta investigación es sólo la certeza; pero la doctrina de la probabili-

dad hállase tan conexa con ella, que fácilmente puede deducirse De hecho un caso es probable en cuanto el ánimo propende más á tenerle como cierto que á desconocerle tal carácter. A medida que las dudas se aminoran, la *probabilidad* aumenta; una vez desvanecidas, la *certeza* surge. Hay, pues un íntimo lazo entre ambas.

Hasta donde alcanzan mis conocimientos, la crítica en general no está muy adelantada; pero afortunadamente un tratado de crítica criminal puede suplir en cierto modo á aquélla: de ahí la utilidad de ésta aun fuera del círculo de las gentes profesionales. Vistos los medios y las precauciones, merced á las cuales se llega á conocer si un hombre es reo ó no es fácil utilizar tal estudio para las demás investigaciones. La historia, sobre todo, no puede menos de aprovecharlo, toda vez que mira las acciones humanas al modo como en el proceso penal; la crítica histórica y la penal son, en efecto gemelas. Sin embargo la justicia histórica debe muchas veces darse por satisfecha con las probabilidades, mientras la justicia penal pide la certeza. El hombre, cuando se trata de graves asuntos, toma sus determinaciones, no sólo en vista de las probabilidades, sino en virtud de juicios ciertos; únicamente deroga esta regla cuando se siente obligado á obrar en razón de necesidades poderosas. Viéndose colocado entre la espada y la

pared, como suele decirse, ya para permanecer inactivo causando un daño ya para obrar corriendo el mismo peligro, escoge aquel camino (no sin vacilar) que le parece mejor.

Ahora bien, el ministerio penal, si es para la sociedad ó quien la representa uno de esos graves asuntos, es también sagrado y terrible; así debe ponerse en él un cuidado no menor que el que pone el individuo en las primeras exigencias de la vida; en su virtud, es preciso no obrar sino en vista de juicios ciertos sobre la justicia de la obra. Y que el ministerio penal es, no sólo grave, sino *sagrado y terrible,* no hace falta demostrarlo; como que parece un oficio usurpado á los dioses. El hombre, este ser frágil, formado en la culpa y nutrido en el error, elévase, por la función que desempeña, sobre sus iguales; administra la justicia en la tierra: la justicia, que es de los cielos; juzga, entrega, quita el honor, la libertad, la vida misma... ¡he ahí el ministerio penal! Pues bien, ¿no es esa una misión sagrada y terrible, un poder que el hombre no maneja sino tropezando, vacilante y siempre con el temor de que su pretendida justicia caiga bajo la condenación de la justicia divina? Y si esto es así, ¿no está el hombre obligado á moverse en tan grave asunto con la parsimonia y prudencia que en los más graves, para no dejar caer la espada sino cuando esté cierto de que debe ha-

cerlo? Realmente, ¿qué función más ardua habrá sobre la tierra fuera de aquella que al cielo mismo toca?...

Esa gran importancia de la misión penal, que exige la certeza, excluye al propio tiempo aquella necesidad que en diversas circunstancias de la vida se presentan, y en virtud de la cual hay que contentarse con las simples probabilidades. De ahí que la bondad de las leyes y de las sanciones penales, antes de aumentar disminuiría, si se pudiera castigar á los ciudadanos en vista de meras sospechas; en realidad debe preferirse la impunidad del reo al castigo del inocente.

Si el hombre, al castigar, cumple una misión augusta y casi divina, para que su acción resulte sensata y adecuada, debe inclinarse hacia la verdad con la mayor prudencia y firmeza de que el hombre es capaz, con la que exige el estado de certeza; de otro modo, el llamado á castigar pareceríase á un beodo que, vacilante é inseguro, agitara en sus manos un arma temible. No ignoro que algunos legisladores, jurisconsultos y jueces, han creído, y creen, que puede condenarse á alguno en virtud de una simple *suficiente persuasión ó urgente probabilidad* de su culpabilidad, alegando como excusa la necesidad de castigar bien ó mal en ciertas circunstancias Comúnmente tal disparidad de criterio proviene más de error del dis-

curso que de concepto, á causa de dar nombres diferentes á una cosa misma ó un mismo nombre á cosas diversas Para mí, la certeza es una firme y formada persuasión, y nada más; y creo que muchos de los aludidos piensan que en tal definición debe comprenderse la certeza y aquellas probabilidades que alcanzan un grado eminente; de donde resulta que sólo se trata de una diferencia de palabras. Y me fundo también para sostener esto, en que dicen que tales probabilidades deben surgir, por ejemplo, de indicios tales, que á veces produzcan, no sólo probabilidad, sino certeza.

Sin embargo, hay también quien cree que se puede, por ciertas razones de bien público, condenar á los simples sospechosos en virtud de meras probabilidades; doctrina esta que la razón, la moral y el derecho y los convenios rechazan, aun cuando en algún tiempo haya sido sancionada por el despotismo, la ignorancia y el miedo. Procúrase, en verdad, templar de algún modo este principio con la institución de las penas ordinarias y extraordinarias, aplicando las primeras á los delitos probados y las segundas á los probables. Pero realmente, cuando la necesidad pida defensa contra delincuentes no ciertos tal necesidad no es ni puede ser tan apremiante que obligue á condenarlos, sea con penas ordinarias, sea con extraordinarias, pues nunca puede ser obligatorio cometer

una injusticia; y es injusto, de veras, arrebatar los bienes, la fama, la dignidad, la salud y quizá la vida á un hombre, sin que se haya llegado á demostrar cumplidamente su culpa.

Por otra parte, cabe defenderse de los reos contra los cuales existen graves indicios, pero sin castigarlos; basta la vigilancia y la custodia. Tal defensa puede ejercerse de varias maneras: en primer término, ya sea con la simple suspensión ó dilación del juicio definitivo, ó bien con la sumisión á la vigilancia de la policía y secundariamente, aunque ya no esté bien esto, por el confinamiento, el destierro ó la prisión preventiva. Tales medios, como anteriores á una sentencia final y no infamantes, y además revocables, no son en rigor penas.

Sentada la necesidad de la certeza cuando ha lugar á una sentencia, quédanos por ver cuáles de las tres especies de la misma se presentan en los juicios criminales. Suele decirse que sólo se presenta la certeza *moral* ó histórica, pero aunque ésta es la más frecuente, algunas veces concurre también la física. Los objetos de los juicios criminales son las acciones humanas; ahora bien, cuando éstas se relatan, ha lugar á la certeza histórica; pero desde el momento en que ocurren á presencia misma del Juez ó dejan rastros materiales, tiene también lugar la certeza física. Ésta, como

ya se ha dicho (II), es la que tiene por fundamento la percepción de los sentidos y por objeto las mismas cosas sentidas. Si vemos un pájaro volar, estamos ciertos físicamente de que la modificación ocurrida en el sentido de la vista proviene del modificador exterior. El fundamento en este caso de la certeza está en nuestros propios ojos, que vieron volar al pájaro, siendo el objeto el pájaro mismo que vuela.

El Juez, pues, aplica la certeza física siempre que encuentra probada una cosa por el testimonio directo de sus sentidos. Es cierto que el testimonio no debe ser del juez, porque el magistrado no puede juzgar de lo que como simple ciudadano ve ú oye; pero todo aquello que en el ejercicio de sus funciones ó en el curso de un proceso criminal llega á conocer por sus propios sentidos, puede darlo por probado. El reconocimiento personal ó la inspección ocular lo colocan en situación de procurarse datos reales de certeza:

I. Respecto de todos aquellos delitos que se verifican ante él, tales como amenazas, perjurios, violencias;

II. Respecto de todas aquellas huellas que el delito ó las circunstancias del mismo dejan tras de sí, tales como cuerpo del delito, instrumentos, documentos;

III. Respecto de todos aquellos hechos accesorios de un proceso criminal que ejercen algún influjo, tales como la palidez, el rubor, el llanto del procesado...

Si el juez pudiera fundarse siempre en la certeza física, procedería siempre con mayor seguridad; porque ya se ha dicho que tal certeza es superior á la histórica Así ocurre que el delito descubierto IN FRAGANTI parece siempre más cierto que el demostrado por un concurso de presunciones y de pruebas, por grandes que sean. Sin embargo de que la certeza física sea mayor que la histórica, no se debe inducir que en lo criminal haya una certeza mayor y otra menor, ó bien que haya grados de certeza.

La certeza puede tener un valor diverso; pero no considerada en una sola especie (como cuando se dice mayor ó menor certeza metafísica) sino en el parangón que se establezca entre una especie y la otra, según los motivos ya indicados. No puede, pues, tener un valor diverso considerada en una misma especie; porque cuando se ofrecen á la mente todos los datos metafísicos, físicos ó históricos en virtud de los cuales se puede pronunciar un juicio determinado, una de dos, ó son suficientes ó no lo son.

Si lo son, el juicio debe admitirse; en otro caso,

no, pues no hay términos medios; una vez admitida una certeza en virtud de los datos, sea metafísica, física ó histórica, no puede pedirse ni más ni menos. En suma, hay tres especies de certeza de un valor distinto entre sí, pero cada una tiene su valor propio, siendo *ingraduable*. Y si se quisiera saber la razón, responderé que se trata de una verdad de tal naturaleza que se impone á la mente sin discusión. Realmente, sea por lo que sea, es un hecho que se está más ó menos cierto de una verdad de una especie que de una verdad de otra, y además que no se está más ó menos cierto de la verdad de una misma especie.

Ahora bien, la certeza á que se refiere el juicio criminal, ó es de una sola especie (lo que sólo puede ocurrir respecto de un hecho dado), y en ese caso no puede ser ni mayor ni menor por los indicados motivos, ó es el resultado de dos especies (lo cual ocurre en virtud de lo complejo de los hechos de un mismo juicio , no siendo posible tampoco una diversidad de valor. Emerge entonces una certeza mixta, la cual sigue las leyes de las certezas simples de que se compone; leyes que consisten en lo que hemos dicho, á saber: que toda especie de certeza sola ó mezclada no tiene más que un solo grado de valor, y que, por lo tanto, dos especies de certeza juntas, según todas las posibles combinaciones, conservan siempre el mis-

mo grado; fácilmente se verá que no se prescinde aquí de la parte difícil de estas cuestiones; antes bien, gusto de sacar al principio sentado todas sus consecuencias, procurándome así la comprobación de su verdad. Si la certeza, pues, que da lugar á una sentencia criminal fuere ya de una especie ó ya de otra, el valor mayor ó menor sería el de la especie misma; pero como se trata de una certeza mixta resultante de las dos, física é histórica, no tiene más que un solo valor y no tiene grados.

IV

De la certeza legal.

De cuanto queda dicho (II, III) resulta que la certeza es subjetiva; pero sería un error inferir de aquí la ineficacia y la imposibilidad de fijar reglas generales á la misma relativas. Preveo la objeción que se me puede hacer desde el primer momento: si la certeza depende, se me dirá, del ánimo de cada uno, ¿cómo quieres tú someterla á normas absolutas? ¿no será esto imponer á los demás tu opinión? Pero ¿con qué medios, con qué criterio de certeza quieres tú exponer el criterio y los medios de certeza? ¿y cómo demostrar lo infalible de tu sistema? y si es el verdadero, ¿no re-

sultará acaso que tu certeza pretendía ser objetiva y corresponder, por tanto, de un modo absoluto á la verdad...? Sin duda el error no es imposible, y no pretendo yo ser en este punto una excepción; pero si lo que yo expongo y demuestro se impone al ánimo de los lectores, es que sostengo principios y leyes que están en la naturaleza de todos. Haciendo resaltar estas leyes y principios con un razonamiento ceñido y conveniente, en relación con aquellas primeras nociones axiomáticas que se imponen de un modo universal, será natural admitirlos. El juicio y el razonamiento tienen sin duda sus normas inflexibles, que una vez conocidas y seguidas plenamente (cosa difícil), la ilusión ha de resultar verdadera. A esta prueba intrínseca del propio intelecto y de la propia conciencia cabe añadir una comprobación extrínseca: el testimonio de todos los hombres que en ello consienten y convienen. Realmente el que procede indagando en sí mismo é invocando después el apoyo de la experiencia ajena, sea legislador, sea jurisconsulto, sea lógico, será el que podrá ofrecer las mejores y más comunes normas de certeza. Sin duda, si no fuese posible definir las leyes de la certeza, y si las leyes definidas no se reputaran, cuando menos, probablemente verdaderas, sería inútil tratar de ellas. Pero la identidad de la naturaleza en todos los hombres implica

la comunidad de semejantes leyes, siendo la obra del lógico, del jurisperito y del legislador descubrirlas. Así ocurre de hecho á veces, que el legislador señala al juez reglas invariables, según las cuales debe proceder en su función, considerando que dichas reglas responden á la humana naturaleza. En ese caso el convencimiento del juez no basta, sino que se exige el concurso de las circunstancias exigidas, ó bien el convencimiento del legislador, y de esta suerte tenemos al lado de la certeza *moral* ó natural una certeza artificial ó *legal*.

Los escritores que tratan de las pruebas criminales se limitan á distinguir demasiado brevemente las dos especies de certeza criminal, á saber: la *de la ley* y la *del hombre*, diciendo que la una surge de la íntima convicción del juez, mientras la otra está fijada por el legislador, resultando que en esta última no entra para nada la primera. Señálase, además, una tercera manera de certeza criminal, en la cual ambas se funden hasta constituir lo que pudiera llamarse la certeza moral y á la vez legal. De hecho la obra de la ley en este punto de las normas de juzgar es de dos maneras: la una pudiéramos llamarla despótica, siendo la otra conciliadora; esto es, que, ó bien se trata de un imperio absoluto, ó tan sólo de una vigilancia moderada. Según esto, la certeza legal, ó sea la

definida y regulada por los cánones legislativos, se subdivide en dos especies según el diverso influjo del legislador; éste, ora determina los modos por los cuales con exclusión de otros) se deberá probar siempre un delito, ora dejando en libertad al magistrado de juzgar según su personal convicción, le impone un límite ó un freno Y le dice: tendrás por norma de tus juicios la razón natural: pero cuando concurran tales ó cuales extremos, deberás condenar, ó bien al contrario, cuando tales ó cuales extremos no concurran, no podrás condenar. Según se ve, ó bien le prescribe un *máximum* de medios probatorios supuesto el cual se debe dictar sentencia de culpabilidad ó bien un *minimun*, sin el cual no puede pronunciar esta sentencia.

Ahora bien, la certeza regulada según esta moderada intromisión legislativa, difiere clara y esencialmente de las dos que los criminalislas suelen enumerar; de donde resulta una tercera especie de certeza criminal, ó sea una variedad de la legal. La denominaremos, por esta razón, *legal impropia*, para distinguirla de la *propia*. Tal certeza es aquella en la cual, ó bien el legislador permite al juez el criterio natural de certeza, aunque sea fijando ciertas circunstancias para todos ó para algunos delitos (como, por ejemplo, la confesión espontánea ó el testimonio doble), circuns-

tancias que, una vez dadas, imponen como cierta la inculpabilidad, ó bien somete al mismo al criterio legal, pero permitiéndole separarse de él si no ha llegado á formarse pleno convencimiento. En el primer caso, el legislador parece preocuparse más de los intereses de la sociedad que de los del acusado, toda vez que el límite fijado le es desfavorable: en el segundo caso, por el contrario, el límite está en su favor. Este segundo método de certeza legal impropia deja al magistrado más libertad de lo que se cree, libertad de favorecer al acusado cuanto quiere, ya que, si hay alguna limitación, es en su favor y siempre para su bien.— Tú no puedes condenar, dice la ley al juez, sino cuando estés íntimamente convencido de la culpabilidad; pero cuando tú estés convencido sin el concurso de tales ó cuales circunstancias, según las cuales me convenzo yo de la culpabilidad misma, no podrás condenar. Como se ve, la intromisión del legislador en este caso es poca cosa, es más negativa que positiva; si el juez no tiene plena libertad para condenar, la tiene, sin embargo, para absolver.

Ahora bien, tal es la única manera de intromisión legislativa, que me parece útil, buena y razonable, especialmente cuando impera el rito secreto é inquisitorial; en cambio parécenme censurables, tanto la otra intromisión (en odio del acusa-

do) para fijar el máximum de medios probatorios, cuanto la institución exclusiva y obligatoria del criterio legal de certeza. Por lo demás, aunque sea en la adquisición de esta legal certeza propia, entra de algún modo el criterio natural de juzgar, toda vez que, como el legislador no puede descender á las particularidades y minucias de todos los casos probables, el juez queda siempre, en una buena parte, árbitro. Y téngase en cuenta que este arbitrio del juez, aumenta necesariamente, en la adquisición de la certeza legal impropia, hasta imperar de un modo exclusivo en la de la certeza moral.

En su virtud, la crítica criminal, que gobierna al arbitrio del juez según las normas de la lógica, es tan necesaria para la buena administración del derecho *constituído,* como para fundar el *constituyente,* según las palabras del ilustre Carmignani.

Queda, pues, advertido que aun cuando la certeza sea subjetiva, no quiere esto decir, que cada hombre proceda como le parezca, ya que todos tienen una misma naturaleza, y deben contenerse dentro de ciertos extremos racionales y experimentales. Por esto el legista que trata y regula este tema rectamente, debe acomodarse á lo que el comun sentir general ha establecido, ó debiera establecer.

Pregúntese ahora, lo que vale y hasta dónde vale el criterio legal de la certeza. Si el legislador, al intervenir en este como en cualquier otro objeto del procedimiento criminal, debe conciliar la libertad privada con la seguridad pública, habrá de hacerlo de modo que las ventajas concedidas á la una no dañen á la otra. El sistema absoluto ó propio, ó que también pudiera llamarse, de certeza legal (admitiendo por hipótesis, y, por tanto, negando en tesis, que fuese razonable en sí mismo, lo que equivaldría á llamarlo infalible), conciliaría, ó á lo menos podría conciliar equitativamente, las exigencias de ésta y de aquélla. Por su parte, el sistema relativo ó impropio de certeza legal, que deja al juez la libertad de convencimiento, aunque prescribiéndole que en caso de condena, semejante convencimiento ha de resultar demostrado por ciertos cánones impuestos, favorece, sin duda, á los acusados, que evitan la pena siempre que la certeza de los jueces no se acomoda con la del legislador; pero en cambio expone á la sociedad á determinados peligros, en cuanto que, á pesar de la existencia indudable de los delitos, deben quedar impunes los delincuentes.

De esto se infiere que, desde el punto de vista abstracto, tal manera de intromisión legislativa en la materia probatoria se debe rechazar; pero teniendo en cuenta que semejantes abstraccione

no son lícitas con relación á las instituciones sociales, y que puede haber en las leyes una bondad meramente relativa, cabe que existan casos concretos en los cuales la parcialidad y la limitación se contrapesen mediante encontrados elementos, siendo en su virtud lógico aceptar la referida forma de intromisión, que, por otra parte, acaso represente lo mejor posible, ante la imposibilidad de lo absolutamente bueno. Y cuenta que la coyuntura á que nos referimos, se presenta positivamente cuando las garantías sociales predominan de tal manera en las instituciones, que los beneficios reconocidos á los procesados, merced á las reglas legislativas del juicio lejos de implicar desproporción respecto de las garantías, suponen una manera de contrapeso harmónico.

Este razonamiento nos lleva naturalmente á sostener que el sistema relativo ó impropio de certeza legal, mediante la fijación del mínimum de medios probatorios, es aceptable cuando el juicio sobre la culpabilidad sea obra de funcionarios gubernativos, y no de terceros, intermediarios entre el que castiga y aquel á quien el castigo se refiere, toda vez que aquellos funcionarios se inclinarían más bien en favor de las garantías sociales que en el de la libertad privada. Así, si la institución de la magistratura judicial, nombrada y pagada por el poder es más favorable á éste que al acusado, en

cambio la institución de la certeza legal, limitativa de la del magistrado, es más favorable al procesado que al poder, por donde resultan equilibradas las garantías debidas á uno y á otro.

Varios escritores que tratan de la materia de pruebas criminales, tales como Mittermaier y Brugnoli, considerando que las pruebas legales tienen una bondad relativa en el procedimiento inquisitorio ó secreto (á diferencia del público ó acusatorio, en que el juez descansa sobre la conciencia de los jurados), deciden rectamente esta controversia, siempre, sin embargo, en el supuestu de que las referidas pruebas legales se deban interpretar en un sentido relativo ó impropio, esto es, como límites impuestos al juez, y sólo en favor del acusado. Pero el sistema de pruebas legales absoluto ó propio, esto es, el que sin cuidarse del convencimiento íntimo del magistrado, le impone la necesidad de juzgar de la certeza, con una lógica oficial inflexible, ni cuando la decisión relativa al hecho corresponda á los jueces ni cuando compete á los jurados, es admisible. Realmente, tal sistema es un absurdo en cuanto implica un alarde de infalibilidad, una presunción de omnisciencia, un despotismo imperioso por parte de quien lo sanciona, según claramente resulta de cuanto se dijo acerca de la subjetividad de la certeza.

Se ha creído por algunos legisladores, que se po-

dían y debían regular y disciplinar todas las cosas en la vida privada y pública de los ciudadanos. La economía ha pronunciado hace un siglo con Gournay el célebre *¡dejad hacer!...* Y se le ha obedecido en algunos sitios; pero hace falta que se nos deje hacer en muchos otros asuntos, de más importancia, que los mismos intereses materiales; imponer un yugo á la lógica, ¿no es quizá una pretensión risible y miserable, análoga, por ejemplo, á la de ordenar por la ley que los versos no tengan más que tantas sílabas y tantos acentos? Sin duda una poesía gubernativa sería un verdadero crimen; pero no lo es menos una lógica oficial.

Donde quiera que el llamado á decidir acerca del hecho de la acusación sea imparcial, y por tanto un *tercero* entre la sociedad y el acusado, nómbrese como se quiera, sea un juez ó un par, tal decisión debe dejarse á su libre arbitrio En cambio, cuando el juzgador no sea un tercero y pueda suponérsele inclinado en favor de la sociedad ó de la Administración pública, aun cuando se le permita formar su convencimiento con el criterio moral de certeza, se le podrán imponer ciertos frenos (por ejemplo, que no condene sino en virtud de un mínimun de pruebas) que limiten su arbitrio. Ahora bien, de cuanto llevamos dicho en las anteriores indicaciones, resultan claras estas dos grandes verdades:

I. Que el criterio legal corre el peligro de anteponer la certeza formal á la esencial (VIII);

II. Que, por otra parte, toda determinación de la ley á este propósito, es siempre imperfecta y frecuentemente ilusoria, toda vez que no cabe considerar sino la menor parte de los casos, siendo siempre necesario entregarse en último término á la discreción de los jueces (XLI, XLII). Estos dos vicios nos llevan á hacer votos con el ilustre jurista alemán ya citado, á fin de que de todas suertes, las prescripciones del legislador en este punto, antes que obligatorias y coactivas, sean facultativas y directivas; y sobre todo á fin de que lo referente á la libertad del juicio, y á la certeza natural, siga la misma senda de progreso que en la sociedad siguen todas las instituciones libres.

Para hacer posible la aplicación del criterio legal á los jueces, los antiguos doctores habían inventado cierta nomenclatura y ciertos artificios, tales como *los medios, los cuartos y los octavos* de prueba: artificios éstos que ponen bien de manifiesto su falta de lógica, al modo como los eruditísimos Tratados sobre la forma del tormento, revelan su falta de humanidad. Por otra parte, un legista insigne y benemérito, nunca bastante admirado, el célebre Jeremías Bentham, bajo el influjo de ciertos vicios que en las indagaciones pe-

regrinas y sutiles suelen perturbar y desorientar al instigador, llegó en este punto á conclusiones extrañas. En efecto, en su enumeración de los grados de persuasión del alma, fascinado el gran filósofo, con los métodos de esta edad calculadora y medidora, de las ciencias físicas y matemáticas, ocurrióseles la idea de cierto instrumento indicador, de cierto metro psicológico, según el cual se podría computar aritméticamente la probabilidad moral. Este decígrado tiene una doble escala, y en los dos lados, del 1 al 10, señala los grados de persuasión afirmativa y negativa: de modo que, según él, cual si se tratara del calor de la atmósfera, se podría razonar acerca de las inclinaciones del alma; y así como se dice tantos grados de calor, decir tantos grados de probabilidad sobre ó bajo cero, entendiéndose por cero la ausencia de toda persuasión en pro ó en contra.

Si los diversos estados psicológicos pudieran ser objeto de una determinación exacta y numérica, y si su índole y su número fuesen conocidos y correspondiesen á los grados de Bentham, su proposición sería aceptable, sobre todo en jurisprudencia. Pero no sólo es contrario á esto la manera de ser de los hombres, sino que la misma naturaleza del espíritu humano, se opone á semejantes particiones y numeraciones. Sin embargo, Bentham opinaba que, si el uso de semejante instrumento se

propagase entre los hombres, éstos aprenderían poco á poco á consultarlo y á analizar el alma y sus estados, y á computar los grados de persuasión; de modo que, al decir: una persuasión de cinco grados, se expresaría un término conocido é invariable. Pártese del supuesto de que, al ser la atención, atraída por cualquier circunstancia sobre un objeto dado, aunque sea moral, y al descubrir modos distintos anteriormente desconocidos, se dará en nuestro ánimo la posibilidad de todos estos modos, los cuales, por otra parte, fueron señalados como distintos ó enumerados de un modo arbitrario y no según la naturaleza del espíritu humano, por el célebre jurisconsulto. Realmente, nuestra naturaleza nos advirte que el espíritu, en materia de persuasiones, no tiene los grados indicados, sino que obra siempre en la órbita de la probabilidad, sin confines y estaciones psicológicas intermedias, y con sólo dos puntos de apoyo, uno de los cuales señala la partida y el otro la meta: tales son la duda y la certeza. En la duda, empieza una ligera sospecha á indicarnos que una cosa es ó no es; de aquí nos elevamos á la certeza á fuerza de probabilidades ingraduables, hasta que, convencido el ánimo, afirma que la cosa es ó no es efectivamente.

Una división ó medida de la probabilidad, á partir, no de la duda á la certeza, sino de dos certe-

zas contrarias, una positiva y la otra negativa, podría á lo más referirse á los siguientes estados del ánimo:

I. Persuasión positiva.
II. Persuasión más positiva que negativa.
III. Falta de persuasión tanto positiva como negativa.
IV. Persuasión más negativa que positiva.
V. Persuasión negativa.

Pero estos cinco estados vienen á reducirse á tres, con relación á una creencia positiva ó negativa: tales son la *certeza*, la *probabilidad*, la *duda*, que son los únicos y verdaderos grados persuasivos del hombre, como cualquiera puede observar en sí propio. Y aun puede decirse que los términos precisos é invariables sólo son el primero y el tercero, esto es, la certeza y la duda, porque en el primero no hay un solo elemento de duda y en el tercero ni uno de certeza; en cambio, el segundo es un término indeciso y variable, pudiendo haber en él una probabilidad indefinidamente mayor ó menor, y no sujeta á medida.

Por lo demás, tratándose de testimonios judiciales, no resulta necesario medir tan minuciosamente la persuasión, como Bentham propone. Realmente, el testimonio no debe indicar más que

un solo grado de persuasión: la persuasión máxima, ó bien, usando la medida del jurisconsulto inglés, la de los diez grados. El que ha presenciado el hecho de referencia, no tiene que decir en juicio creo ó no creo, ó bien, supongo, sino lo he visto: tal hecho ha ocurrido; tócale, en fin, afirmar, no juzgar, ni opinar. Lo relativo á si se puede ó no aceptar testimonios de simple probabilidad, se verá expuesto en el capítulo de las pruebas imperfectas (XXXVII). Por lo demás, lo que queda dicho acerca de la naturaleza de la certeza y de sus especies, debe recordarse en adelante cuando sea necesario.

V

De los medios de certeza, en primer término de las presunciones.

No se deben confundir las fuentes con los medios de certeza: aquéllas como ya dijimos, son (con el raciocinio) los sentidos de quien juzga y las referencias ajenas; éstos consisten en las *pruebas* y en las *presunciones*. Comúnmente, sólo las pruebas se reputan como instrumentos de verificación; pero este es un error, proveniente acaso, de considerar tan sólo la material y especial ejecución del delito (la cual consta por pruebas); sin embargo,

no todos los *hechos simples* que constituyen el *hecho complejo* del delito, deben hacerse constar. De hecho, el juicio penal que llamaremos definitivo, resulta y depende de otros precedentes y auxiliares. Acuden á la mente del juez una masa tal de conocimientos, que, si pretendiese darse cuenta de todos, no acabaría nunca. Juzga, sin duda, según los datos que se le ofrecen; pero no de todos tiene y exige la prueba. Algunos se reputan por él como probados en virtud de un supuesto de su certidumbre, sin que ni á sí propio ni á otros explique el motivo. De aquí resulta lo erróneo de aquel principio, según el cual, un criminal no debe tenerse por cierto á no serlo probado, á menos que se conceptúe verdadera prueba, cierta tácita admisión ó su equivalente, por el asentimiento del legislador ó del común sentir: ¡bueno estaría si el juez hubiera de exigir y ofrecer una prueba expresa y determinada de cada hecho! Ahora bien, este sustituto de la prueba, merced al cual una circunstancia de hecho se tiene por cierta, llámase *presunción*.

Ticio hiere con un puñal á Sempronio, de suerte que éste muere: el hecho probado únicamente es el de que aquél hirió y éste yace exánime. Ahora, para que conste el delito y el delincuente, ó bien el homicidio y el homicida, el juez necesita las siguientes presunciones: que á la herida haya seguido necesariamente, como á la causa el efecto,

la muerte; que lo supiera quien tal hizo; que lo haya querido; que no estuviera loco, ebrio, alucinado, violentado, etc. Tales presunciones fúndanse en lo que de ordinario ocurre: comúnmente el hombre no está ni loco, ni ebrio, ni violentado; quien hiere á muerte entiende que quiere matar y no herir; es cosa sabida, por lo común, que hiriendo de una manera dada se mata. En fin, una herida que en tales circunstancias causó la muerte, es de presumir que la causará también en lo porvenir.

Según esto, las presunciones no son más que circunstancias probabilísimas tenidas como ciertas, pero que, sin embargo, pueden ser contradichas. Así, en el indicado ejemplo, no es imposible que Ticio estuviere loco, ebrio, alucinado, violentado ó en cualquier otra situación de ánimo propia para privarle de su libertad y de la conciencia de sus actos; por otra parte, pudiera suceder que no quisiera matar á Sempronio, sino tan sólo herirlo; que no supiera que su herida era mortal de un modo necesario.

Las presunciones son, en cierto modo, testimonios del género humano ofrecidos por el sentido común; y en esto difieren de los indicios, por cuanto que los indicios se deben probar, mientras que aquéllas se tienen como probadas sólo con iluminar la mente del que juzga; en su virtud, quien

las niega debe probar lo contrario. Si, volviendo al ejemplo citado, se probase que Ticio, por cualquier causa, no estaba en posesión de su razón, ó que no quisiera ó no supiera el efecto de la herida, ó bien que ignorase el carácter necesario de la muerte, en esos casos, resultarían, desde luego, desvanecidas las presunciones que inducían á demostrar el homicidio. La presunción, pues, es una circunstancia que se tiene como cierta mientras no se pruebe lo contrario. Tienen las presunciones á unirse á las pruebas en el juicio criminal, llegando á considerarse como tales pruebas, en cuanto son medios adecuados para provocar la certidumbrc en el ánimo del juez.

Enumerar todas estas presunciones, además de ser inútil, sería imposible por su gran variedad y su gran número; realmente, suelen estar allí donde menos se piensa. Por ejemplo, una persona que se presentase ante el juez con faldas, no habiendo otros datos que denunciara el sexo contrario, sería considerada por aquél como una mujer y, sin embargo, podía no ser mujer. Realmente, la identidad personal se admite sólo con que uno se presente como tal ó cual; pero ¿no puede ocurrir que haya dos personas tan semejantes que sea fácil confundirlas, hasta cambiar la una por la otra? Las mismas pruebas se fundan en presunciones: así, por ejemplo, ¿por qué se cree á tales ó cuales

personas sino porque se las presume veraces? Todos, en cualquier acto ó pensamiento, acudimos á ellas quizás demasiado, naciendo de ahí una fuente de desengaños y de desdichas: éste no saluda, pues es un orgulloso; aquél nos mira ceñudos, pues es un enemigo; el otro observa con cuidado, es un espía; el de más allá va á misa, pues es un hipócrita, y así discurriendo. Pero los magistrados, cuyas argumentaciones llevan á la cárcel y á veces al patíbulo, deben, cuando se trata de presumir, andar con mucho cuidado, con gran cautela, de ningún modo como el pueblo suele hacerlo. Así no puede menos de censurarse la precipitación en los juicios, sobre todo, la de aquellos que tienden á sentar más bien la culpabilidad que la inocencia.

Respecto de las presunciones, conviene advertir que la ley no puede, en razón de su variedad indefinida, determinarlas todas; así, aun donde rige el criterio legal de certeza, el juez usa en esto el mayor, aunque no notado arbitrio. Obran mal, sin duda, aquellas leyes que, determinándolas, ya mal, ya irrevocablemente, abren ancha vía á los mayores errores y daños. He aquí algunos ejemplos:

En Inglaterra, según el estatuto 21, de Jacobo I, cap. 27, «si una madre ocultase la muerte de su hijo legítimo, debe probar con un testimo-

nio que el mismo nació muerto; de otro modo se la considera convicta de homicidio». Por la enunciación de esta presunción legal, que hace Blascksston, se ve que la ley supone, ante todo, que se desconoce si el hijo nace vivo ó muerto: por donde se deduce que pudo muy bien nacer muerto. Una madre, pues, que haya tenido un hijo natural, se la considera como infanticida, si no ofrece la prueba de que su hijo ha nacido muerto; la ley va contra las madres ilegítimas, las cuales, precisamente por el carácter de sus uniones ilegales, sienten un mayor incentivo para ocultar los frutos de las mismas, y va hasta el punto de que las pone en ciertos casos en la alternativa, nada menos que del patíbulo ó de presentar un testimonio. Ahora bien: ¿y si no fuese posible obtenerlo? No importa. ¿Y si siendo posible, por pudor ó miedo ó por cualquier otra causa, no puede usarlo? No importa, siempre será reo de homicidio. Dejemos lo extraño de imponer á una persona, que debe presumirse inocente, la carga de probar su propia inocencia; realmente, ¿qué presunción de homicidio puede lógicamente inducirse de un supuesto como el indicado? La madre, ó no puede tener un testimonio que pruebe la muerte de su hijo (y es lo más fácil en partos que son, por lo general, ocultos), y entonces es injusto que semejante infortunio sirva de base á una acusación capital, ó bien no quiere

tenerlo, y entonces es racional é inhumano inferir de esto un homicidio. Porque, ó el niño nace muerto pudiendo haberlo ocultado por vergüenza, por miedo ó por ignorancia, y en tal caso será reo de parto ó enterramiento clandestino, pero nunca de homicidio, ó el hijo ha nacido vivo, pudiendo haber sido muerto por negligencia por otro, en cuyo caso la madre es inocente.

Una presunción legal no menos extraña es la de la antigua jurisprudencia, según la cual la mujer que se casare dentro del primer año de viudez, se la consideraba reo de adulterio en el precedente matrimonio con el segundo marido. Peor aún, y verdaderamente cosa de locos, es aquella de que célebres criminalistas hablaban á fines del siglo último, y que (si es cierto cuanto nos dice Guerrazzi en su *Storia d' un moscone)* se conserva entre los prejuicios del pueblo corso aun hoy; según ella, se pretende que la sangre de un muerto hierve y salta al rostro del matador. Presunción esta que recuerda las ordalías, las cuales, á decir verdad, no eran más que presunciones erróneas, en virtud de las que se tenía por reo á aquel á quien faltase el valor, la buena suerte ó el auxilio del cielo.

En la necesidad en que el juez se encuentra de valerse de las presunciones, y ante la imposibilidad de prevenirlas y prescribirlas todas, la legislación y la jurisprudencia convienen en señalar

las principales; esto es, aquellas que están al alcance de la mente de todo hombre honrado, y que cuentan con el testimonio del género humano. Limitaréme aquí á recordar tan sólo las cardinales y genéricas, de donde se derivan como corolarios, las que más particularmente puedan aplicarse á los diferentes casos especiales. Se presume, pues:

I. Que lo que sucede de un modo constante sucede también al presente.

II. Que el que realice un acto tiene la intención de realizarlo.

III. Que, por tanto, cuando la acción entrañe criminalidad, el autor es reo.

IV. Que nadie desea su propio daño.

V. Que no se delinque sin un motivo.

VI. Que el hombre es veraz.

VII. Que está sano de la mente y de los sentidos.

VIII. Que su testimonio no tiene valor si es de cosas inverosímiles.

IX. Que la perfecta semejanza en una persona ó en una cosa es identidad.

X. Que el hombre es inocente.

XI. Que se conceptúa criminal lo menos posible.

Estas presunciones habrán de recordarse luego,

sobre todo la II y III, cuando tratemos de las pruebas intencionales (XI, XXXIX); entonces se verá lo que debe entenderse por la famosa *presunción de dolo*. De la IX se debe decir que, cuando en una persona ó en una cosa se reconozcan aquellos caracteres que aparentemente las individualizan, se deben referir á aquellas mismas de que se trata; pero no es imposible que sean distintas, ya que es posible que haya dos hombres, y sobre todo dos instrumentos homicidas, dos objetos robados..., perfectamente semejantes. La semejanza de caracteres en la escritura no es suficiente para identificar, ni la desemejanza para diversificar, en virtud de la instabilidad de la caligrafía, por lo fácil de la falsificación, y especialmente porque al fin y al cabo, la perfecta identidad entre un escrito dado y otro no es posible (XXXV). Acerca de la presunción VIII se hablará en el capitulo siguiente (VI); pero conviene hacer ahora alguna indicación acerca de la notoriedad.

Entre los datos del juicio criminal figuran ciertas nociones experimentales (tales como aquello de que el fuego quema y el sol alumbra), las cuales nadie se detiene á probar.

Ahora bien, ocurren casos en que el juez se vale de nociones que, no sólo no están probadas, sino que obtiene de su privada y extrajudicial experiencia. Se debe ante todo reconocer que tales nocio-

nes no se refieren á cada caso en concreto, sino al conjunto de circunstancias en que el caso puede producirse. Uno, por ejemplo, declara en juicio que á media noche de un día determinado vió á otro robar ó herir. No es cierto, le puede responder el juez; estaba muy oscuro y no podía verse. En este caso el juez aprecia merced á su personal conocimiento que la noche está oscura, sin necesidad de que se lo aseveren Ticio ó Cayo. Bien se ve que sin un conjunto de conocimientos parecidos y de ideas semejantes no se podría siquiera discutir; y cuanto más se profundiza en esta materia, más claro resulta que el juez no es la *tabla rasa* de Locke, que debe recibir las impresiones que preparan la sentencia definiendo según ellas. Si las pruebas le hacen falta para conocer el hecho criminoso, no es menos cierto que para apreciar estas pruebas y para certificar ciertos hechos no probables, y especialmente el elemento moral del crimen, y, además, para raciocinar sobre todo esto, el juez necesita acudir á su patrimonio de experiencias é ideas. Cierto es que el juez puede tener experiencias é ideas falsas, equivocadas; pero sabido es que el juez por serlo no deja de ser hombre. Por otra parte, semejantes experiencias é ideas tienen una confirmación común, por mejor decir, un testimonio universal, cual es la *notoriedad*. Por tanto, si la notoriedad no excusa la prueba en las circuns-

tancias que constituyen la particularidad del crimen, vale, sin embargo, siempre como presunción que presupone ciertos datos de la experiencia.

VI

De la verosimilitud.

Entre las presunciones, queda enumerada aquella en virtud de la cual una circunstancia no se puede tener por verdadera (aun después de probada) si no es verosímil (V). La *verosimilitud,* de hecho, es el sello de toda prueba; es en cierto modo la piedra de toque, ó si se quiere una contraprueba. Pudiendo probarse una circunstancia sin ser verdadera, desde luego se comprende que la prueba no implica la verdad siempre, toda vez que aquella es siempre imperfecta, no estando de un modo absoluto libre de ser falsa; en virtud de esta posibilidad, por la que, á pesar de haberse obtenido las pruebas, cabe que el objeto moral ó material de las mismas no exista, infiérese racionalmente que no se debe atribuir valor alguno á aquellas pruebas que una vez admitidas darían por cierta una cosa inverosímil. Y es esto, después de todo, muy natural; realmente, si la verosimilitud implica concordia y correspondencia con lo verdadero, la inverosimilitud implica discordia y opo-

sición á la verdad; ahora bien, lo que no es verdadero, probado, ó no probado, no puede aceptarse nunca. Supongamos que un millar de testigos aseveran haber visto á un ladrón huir por el agujero de la llave de una puerta; esta prueba, por muchas apariencias que tenga, no puede provocar en modo alguno la certeza, á causa de lo inverosímil del caso.

Conviene ahora establecer en qué consiste esta inverosimilitud y qué cosas se deben estimar como inverosímiles.

Ya hemos indicado en cierto modo cuál es en nuestra opinión tal concepto, al llamarla una discordia ú oposición con lo verdadero; pero dando forma más clara á nuestro pensamiento, se la puede definir en estos términos: aquel estado ideal, aquella nota, aquella cualidad de una cosa pensada ó discurrida, merced á la cual dicha cosa parece imposible; en rigor, la inverosimilitud surge en razón de una presunta imposibilidad. Ahora bien, se debe distinguir una imposibilidad moral y otra física ó metafísica; una verdadera imposibilidad no se puede imaginar más que de estas dos últimas especies.

Se usa más arriba el verbo *parecer*, porque, á decir verdad, tales imposibilidades podrían parecer sin que realmente lo fueran, ya que al fin y al cabo dependen de un juicio de nuestra mente per-

fectamente falible. Supongamos que hubiera en algún punto del mundo, habitado por la raza caucásica, un pueblo que no hubiera tenido relación alguna directa con la etíope, no teniendo además ninguna noticia de su existencia; supongamos que unos cuantos individuos de ese pueblo recorren y visitan el mundo, y de vuelta al seno de su tribu dicen haber visto pueblos de negros. ¡Nadie seguramente los creería! Tienen la prueba merced á testimonios idóneos; pero como consideran la cosa como no verdadera, ó sea inverosímil, no les dan fe. El rey de Siam se reía cuando oyó á los holandeses decir que en su país el agua se solidificaba al helarse, lo cual no tiene nada de extraño, puesto que nunca había visto ni jamás había oído hablar del hielo. Por el contrario, añade Bentham, «los japoneses que en 1803 fueron testigos en San Petersburgo del viaje aéreo de Garnerín, no experimentaron inquietud alguna: tratábase de un hecho muy familiar ya á su imaginación. La historia fabulosa de sus brujerías los había preparado para ver sin sorpresa todo lo que pudiera tener de extraordinario el referido viaje.» Pero dejemos los bárbaros: acudamos á uno de nuestros tribunales, donde un acusado por homicidio confiesa que, en efecto, ha herido á su víctima en el sitio del corazón, pero que, sin embargo, teniéndolo aquélla á la derecha del hígado, no pudo haberlo traspasa-

do, por lo que la herida mortal, que á pesar de todo se vé, debió ser obra de otro. El corazón, diría seguramente todo juez, desde que hay mundo ha estado siempre á la izquierda del hígado; ahora bien, la alegación de una postura distinta es inverosímil y por lo mismo inaceptable. Sin embargo, no es imposible, pues según refiere Leibnitz, en una autopsia hecha en París se encontró el corazón á la derecha y el hígado á la izquierda.

¿Y qué diremos de lo improbable?... El juicio humano, no sólo puede equivocarse con relación á lo inverosímil, sino también á lo verosímil, considerando conforme á lo verdadero lo que no lo es. Dejando á un lado los mil prejuicios morales, científicos, políticos, religiosos, siempre vigentes y para nosotros desconocidos, para dar un ejemplo de semejante verosimilitud falsa y ya no admitida, bastará citar todas aquellas demonologías y adivinaciones de la edad media: me refiero á los magos, á las brujas y sus horóscopos, sus maleficios admitidos aun en lo criminal, con más los procesados y castigados á ruego y en nombre de Dios. Si hoy se presentase una vieja á hablarnos de sus viajes aéreos en una escoba ó en un castrón por la noche y sus encuentros infernales, así como de sus cultos sacrílegos y demás ocurrencias satánicas, ¿quién la creería? Sin embargo, nuestros abuelos, sabios doctores é inquisidores santísimos, tenían tanta fe

en los hechizos y demás supercherías, como nosotros tenemos ahora en las cosas más ordinarias y simples de la vida... ¡Oh pobre raza humana! Has tenido que sufrir ese ludibrio, y para salir de él... ¡cuánta sangre has derramado!...

Jeremías Bentham, en su precioso libro acerca de la *Teoría de las pruebas judiciales,* á propósito del presente asunto, dice: que lo improbable y lo imposible son relativos, y que dependen de las condiciones morales, del estado de cultura de cada pueblo y de cada edad; por lo que pretender dar una noción exacta, estable y segura de lo inverosímil es un empeño vano. Pero si esto es verdad de lo improbable y de lo imposible histórico, el cual (este último) al fin y al cabo no es más que un improbable en alto grado, no puede decirse lo mismo con relación al imposible metafísico y al físico, que es de lo que se habla en la crítica criminal. Que una cosa pueda ser y no ser á un mismo tiempo; que una parte pueda ser mayor que el todo; que dos cosas iguales á una tercera no puedan ser iguales entre sí..., son imposibilidades metafísicas absolutas y manifiestas con relación á todos los individuos y á todos los pueblos, en todos los lugares y en todos los tiempos, ya que la verdad de lo contrario se refleja en la mente, imponiéndosele con una fuerza axiomática é invencible. Podría dudarse por alguien que lo imposible físico sea abso-

luto, toda vez que su campo parece restringirse merced á los progresos de las luces. Antes de la invención del telégrafo eléctrico y de los globos aereostáticos, el viajar por el aire y el hablar rapidísimo á largas distancias se hubiera considerado como imposible y no lo era. Sin embargo, por estos y otros errores semejantes no se puede decir que no haya una absoluta imposibilidad física; el error ha dependido, como tantas veces ocurre, de considerar como imposible aquello que sólo podía y debía estimarse como improbable, toda vez que no era absolutamente imposible que se inventaran los medios (por ejemplo, las pilas y los aereostáticos) merced á los cuales era dable emprender cosas que antes resultaban relativamente imposibles. En cambio, fácil es imaginarse casos de una verdadera imposibilidad metafísica (como que un río se incendie, que un buey hable, que un hombre conciba), los cuales no podrán jamás ser desmentidos.

Pero es preciso determinar aquí el sentido que doy á las palabras *verosimilitud* é *inverosimilitud*. La *posibilidad* y la *imposibilidad* no existen por de pronto en el sujeto que juzga, sino en el objeto juzgado: así se dice que el objeto es verosímil ó inverosímil cuando al sujeto le parece posible ó imposible (pudiendo no serlo), porque ve en él ó no los caracteres de la verdad. En el lenguaje

usual considérase verosímil ó inverosímil lo probable y lo improbable; pero esto es más propiamente análogo, correspondiente, semejante á lo verdadero, reconocido ó no. La probabilidad ó improbabilidad de un hecho puede servir de argumento supletorio y fortificante para avalorar los demás datos favorables ó contrarios á la veracidad, mientras que la posibilidad y la imposibilidad son las que confirman ó rechazan de un modo absoluto cualquier prueba. De la verosimilitud y de la inverosimilitud de la misma es de lo que se trata cuando se dice que, para que un hecho se estime como cierto, además de estar probado, debe ser verosímil, y que si es inverosímil no importa que esté probado.

La verosimilitud ó la inverosimilitud se conjeturan atendiendo á la armonía ó desarmonía de unas pruebas con otras, ó bien con las presunciones y con los datos de la experiencia común. En el caso de un conflicto entre las mismas, resultará en lo criminal la imposibilidad histórica ó física que invalida toda prueba. Si ésta fuese propia é intrínsecamente perfecta, no sería posible el conflicto; pero no siéndolo, sino impropia ó extrínsecamente, esto es, aparentemente el conflicto es posible. Según esto, no puede la imposibilidad ser más que aparente cuando se posee una prueba física (ó sea real) acerca de una cosa por lo que la inverosimi-

litud de la misma, afirmada antes de haberse obtenido la prueba real, no vale después, porque deja inmediatamente de haber tal inverosimilitud. Es inverosímil que el sol desaparezca; pero si se obtuviera una prueba física de lo contrario, esto es, si el sol desapareciese, en efecto, sería preciso creer en tal fenómeno. No se puede imaginar como posible lo imposible, y en su virtud, no puede darse una perfecta prueba física contra lo imposible físico, sino tan sólo contra lo imposible erróneamente supuesto, esto es, imposible aparente. La inverosimilitud física desaparece con esta prueba, en razón de cesar la aparente imposibilidad. Lo referente al conflicto entre las diferentes pruebas particulares, así como lo relativo al criterio con arreglo al cual deben decidirse tales conflictos, se tratará más adelante (XXXVIII); ahora se hablará acerca de lo que son las referidas pruebas, indicando sus varias especies.

VII

De las pruebas en general, y especialmente de las perfectas.

El segundo medio para la certidumbre criminal, esto es, el que propiamente pone de manifiesto la material ejecución del delito, lo constituyen las

pruebas. Llámanse pruebas aquellas circunstancias sometidas á los sentidos del juez y las cuales ponen de manifiesto el contenido del juicio; en otros términos, las pruebas vienen á ser los atestados de personas ó de cosas acerca de la existencia de un hecho. Ahora bien, así como las atestaciones y testimonios son más ó menos veraces, explícitos y seguros, así las pruebas son más ó menos válidas: de ahí la necesidad de añadir una palabra, que parece un pleonasmo, á aquellas pruebas que demuestran el hecho de una manera plena, llamándolas pruebas perfectas. Pero ¿cuáles son éstas? ¿Cuáles se podrán llamar pruebas perfectas? ¿Cuándo y cómo se podrá decir de un medio probatorio que certifica plenamente?

En rigor, se llaman perfectas aquellas pruebas que aseveran de una manera plena, produciendo en nosotros la certeza que se busca y de la cual depende el juicio ó la apreciación que se trata de formar. Si una prueba provoca dicha certeza, es sin más perfecta. Pero ¿por qué la provoca?... La respuesta á esta última pregunta es la que puede darnos la verdadera razón objetiva en virtud de la cual una prueba resulta realmente perfecta.

Ahora bien, considerando la naturaleza de la prueba y la de la certeza, puede decirse que la segunda surge en nosotros cuando entre la primera y el hecho á que se refiere se produce una relación

de necesidad; he aquí el criterio para juzgar de la perfección de la prueba: Casia ha dado á luz, luego ha perdido su virginidad; Ticio no tuvo motivos ni medios para cometer el delito, luego no es delincuente; Sempronio no podía engañarse ni quiere engañar, luego es veraz... Así resultan la desfloración de Casia, la inocencia de Ticio y la veracidad de Sempronio *necesariamente* manifiestas, perfectamente probadas, ciertas. La necesidad, como se ve, está en que la circunstancia *probatoria* implica exclusivamente lo *probado*.

Todas las pruebas bajo cierto aspecto son indicios, en cuanto son rastros y consecuencias, morales ó materiales, del delito, recuerdos y argumentos del mismo. Diferéncianse de los medios probatorios llamados en sentido estricto indicios, en que aquéllas son circunstancias de donde el delito se induce, mientras que éstos son circunstancias de donde se inducen otras que nos llevan á su vez á inducir el delito. Pero, en ambos casos, el ánimo alcanza la relación de necesidad que existe entre la circunstancia que indica el delito y el delito mismo, ó bien entre dicha circunstancia y la circunstancia indicada, si bien en unos casos lo indicado es ya el hecho ó el delito. Pero la necesidad de que se habla no es una necesidad metafísica, sino física ó histórica, y, por tanto, no apodíctica. Ahora bien, el objeto del juicio criminal lo

constituyen los sucesos, los hechos humanos; en su virtud, lo que da á conocer aquella necesidad es la *experiencia.* Del pasado, de lo conocido, se parte para juzgar del presente, de lo desconocido, según lo que se llama el *orden natural de las cosas.*

Sin embargo, á pesar de la objetividad de la indicada relación necesaria, conviene también que dicha relación se reconozca subjetivamente; y como no siempre puede ser así, de ahí nace la posibilidad del error. Y ¿cómo se conocen los caracteres que hacen que una circunstancia sea indicio necesario de un hecho? ¿Cómo reconocer la perfección de una prueba sino mediante presunciones? Por ejemplo, es una necesidad moral que la deposición de Tulio sea verídica, si no tiene interés en mentir, si no observó mal, si no estaba privado momentáneamente de su razón, ni estaban ofuscados sus sentidos; pero ¿cómo eliminar todos estos vicios posibles? ¿Cómo descubrir en su corazón que no tiene motivo para inclinarse de un modo parcial? ¿Cómo que lo ha observado todo atentamente, sin perder ni disimular circunstancia alguna? ¿Cómo que no ha tenido momentánea ofuscación de los sentidos, ni experimentado perturbación alguna en la mente?... Sin duda, hasta donde sea posible, con las pruebas; pero al fin mediante las presunciones. Estas últimas son, des-

pués de todo, las razones intrínsecas de la certidumbre, ó, lo que es lo mismo, los medios ya mediatos, ya inmediatos, de comprobación, por lo que hasta las pruebas mismas necesitan de su auxilio y apoyo.

La certeza, en cuanto es subjetiva, varía ó puede variar en cada hombre; esto es, puede uno dar por cierto lo que otro estima dudoso, según ya hemos advertido (II); en su virtud, no puede formarse un juicio absoluto y universal respecto de los medios plenamente eficaces ó bien respecto de las pruebas perfectas; sólo cabe en este punto formar un juicio relativo é individual. Sin duda que, como todos los hombres tienen una misma naturaleza y una misma razón, todos suelen juzgar de un modo semejante; pero es posible también que lo hagan de un modo desemejante, sobre todo en aquellas proposiciones que no son de una evidencia absoluta. La misma naturaleza, sin embargo, de los hombres, nos hace ver que la mayoría de las veces deben juzgar y apreciar las cosas de una misma manera; pero sin que este sea un principio absoluto, pues cabe que en algunas ocasiones aprecien y juzguen de una manera distinta: por donde se debe advertir que, ante determinados medios de prueba, la mayoría de las gentes se persuaden y convencen.

¿Quién niega la existencia de Julio César y de

sus hazañas? Sin embargo de esto, no tenemos sino medios capaces de provocar una certeza histórica (las más de las veces débil): tales son las tradiciones, los anales, los monumentos. Ahora bien, si á pesar de ello todos creemos que aquel ha existido y obrado (y quien no cree lo hace por alarde de escepticismo), conviene advertir que, desde el momento en que se presenten ciertas circunstancias dadas, todos ó casi todos los hombres suelen creer como verdadero un aserto, un hecho. Este sufragio del mayor número es el que estatuye acerca de cuáles de entre los medios ofrecidos para comprobar son fundados; y es seguro que quien se acomoda á este juicio obra bien, toda vez que, en igualdad de circunstancias, es menos posible que se engañen los más que no los menos. Hablo, naturalmente de probalidades, sin negar que, á pesar de todo, existe la posibilidad de errar. Volviendo al indicado ejemplo, auque todos creamos que César ha existido, como existe nuestra Italia, sin embargo, no es una necesidad apodíctica tal creencia; pues siempre queda en pie la posibilidad de lo contrario, esto es, que César no haya existido. Sin separarnos de la Historia romana, la misma certeza que nosotros tenemos ahora en cuanto á la existencia de César, la tenían nuestros padres respecto de la existencia de Rómulo, el fundador de la ciudad madre, y sin embargo,

esta existencia es dudosa, toda vez que los orígenes de Roma corresponden á la leyenda.

Los estudios históricos pueden suministrarnos todavía muchos más ejemplos de hechos tenidos moralmente como ciertos durante largos siglos por los diferentes pueblos, y posteriormente desmentidos: así, verbigracia, hoy en el día hay quien cree que Homero y Pitágoras han vivido y quien no; los que no creen en la existencia de Homero y de Pitágoras, afirman que los poemas homéricos son cantos populares reunidos, y Pitágoras la personificación de una institución, de una secta, de un mito... ¿Y qué decir de la creencia, tanto tiempo admitida, aun por las personas más cultas, en las brujas? ¿Quién hubiera dudado hace tres siglos?... De donde resulta que, á pesar de que la certeza se determina, ó mejor, debe determinarse, según la indicada relación segurísima de la necesidad, á causa de la imperfección de los medios y de los datos con que la certeza se logra, el error es posible; lo cual no impide que el criterio intrínseco del voto general del común sentir sea el único que, en términos normales, debe guiar para la declaración de si una prueba es perfecta ó no.

Ahora, pasando á la aplicación práctica, no se puede determinar en un *sentido propio* cuáles son las pruebas perfectas, concretas, ó bien en qué

consisten aquellos requisitos que hacen necesaria su respectiva indicación; sólo cabe señalar, en un sentido *impropio*, cuáles son las circunstancias en las cuales los hombres, por lo común, suelen convencerse, indicando los requisitos de las pruebas que suelen producir en todos ó casi todos los hombres la certeza; de esta manera vuelven á aparecer las presunciones como las verdaderas premisas de las pruebas. Conviene advertir que uso en este caso del verbo *soler* porque cabe que las cosas pasen de otro modo; así, cuando la jurisprudencia ó la legislación llaman á esas pruebas *pruebas perfectas*, ha de entenderse esto en un sentido impropio; esto es, que el legislador y el juez las consideran tales, fundándose en la manera ordinaria y normal de juzgar. Mas también aquí cabe nuevamente la posibilidad de equivocarse; por lo que la determinación de estas pruebas impropiamente perfectas resulta, no sólo difícil, sino poco precisa; pues realmente, no es tan fácil descubrir por qué concurso de circunstancias toda persona sensata suele adquirir la certeza de una cosa dada, siendo en cambio excesivamente facilísimo sustituir con el propio modo de juzgar el universal.

Cuando hay establecido como vigente un criterio legal de certeza, el legislador se halla obligado á determinar cuáles son estas pruebas perfectas; y (aunque no está vigente) la determinación

de las mismas según las normas de la lógica y del común sentir es útil, toda vez que, teniéndolas presentes el juez, le sirven de freno contra la precipitación y la ligereza de los juicios, cooperando, por otra parte, á la seguridad pública y privada. Ahora bien, la norma general y primaria en tal investigación es la siguiente: *declarar prueba perfecta* (ó plena, ó completa) *aquella que según el modo común de juzgar suele suministrar á todos la certeza.* De este principio se desprenden como corolarios las diferentes pruebas perfectas especiales, como se verá luego al especificarlas, aunque siempre de un modo teórico. Conviene ahora hacer las siguientes advertencias:

Cuando uno asevera una cosa, si no tiene interés en mentir, y posee además todas sus facultades físicas y morales, decimos que se le debe creer. Ahora bien: ¿ofrecerá éste también una prueba perfecta en lo criminal? Sin duda; si declara y demuestra, si la certeza es una, no hay razón para que las decisiones penales exijan absurdamente una mayor certidumbre. Mas, se dirá, es costumbre que ni la legislación ni la jurisprudencia se satisfagan con un simple y singular testimonio; antes exigen que esté rodeado de ciertos requisitos, y además que sea plural. Cierto es esto; pero, en primer lugar, no es precisa la pluralidad, como luego se demostrará (XXIV); esta

pluralidad significa una exuberancia, á veces laudable; una cautela, no siempre necesaria. Precisamente á causa de la desconfianza, ó mejor, de lo difícil que es llegar á determinar, prácticamente, los datos que lo harían objetiva é intrínsecamente verídico y perfecto, se acude al expediente de la duplicidad de testimonios (ya que es menos difícil que dos personas se engañen á la vez ó se pongan de acuerdo para engañar); pero teniendo en cuenta que no se hace esto en virtud de razones objetivas é intrínsecas. Cosa análoga debe decirse de los demás requisitos que suelen prescribirse para la legítima prueba testimonial, y los cuales se contienen implícita y abstractamente en los caracteres exigidos para el testimonio verídico, á saber: que los testigos no sean menores, sordomudos ó locos, parientes, amigos ó enemigos del culpable, infames, perjudicados ó correos, etc.; que no esperen daño ó beneficio de la condena; que narren extensa y sustancialmente el hecho; que declaren en juicio; que juren, etc.

En la legislación, ó en la jurisprudencia penal, se han adoptado varios grados de prueba perfecta, y en su virtud de certidumbre, á pesar de que si aquélla no tiene grados, como se dijo en el capítulo III, realmente no debiera tenerlos la prueba Por ejemplo, en la legislación austriaca

tenemos tres clases de pruebas, en cuanto al valor, relativas á tres clases de delitos: la primera, para los crímenes capitales; la segunda, para los crímenes y para los delitos, y la tercera, para las faltas. Se considera prueba ordinaria y general la segunda, y pruebas extraordinarias y excepcionales la primera y la tercera. Ahora bien: ¿de cuál de estas tres clases de pruebas se hace resultar la certeza? De todas tres, sin duda, pero contrayéndolas á las tres clases de delitos á que, respectivamente, se refieren; así, á lo menos, deberá responder un intérprete del reglamento probatorio austriaco. Mas ¿por qué razón se les impone limitación semejante? ¿Por qué razón las pruebas que aseveran la existencia de una falta no sirven también para aseverar la existencia de un crimen ó de un delito? ¿Por qué razón, en fin, las que aseguran la existencia de un crimen ó de un delito, no han de poder producir el mismo efecto, cuando se trata de un crimen castigado con pena de muerte? Seguramente que el intérprete no podrá responder á semejantes preguntas, puesto que, una de dos, ó las pruebas prescriptas para las faltas son verdaderas *pruebas*, esto es, medios capaces de producir certeza, ó no lo son. Si lo son, servirán para provocar la certidumbre también con relación á los delitos y crímenes comunes y capitales; de lo contrario, tampoco

pueden provocarla con relación á las faltas, de donde resultará que éstas se castigarán sin ser probadas. Lo mismo puede decirse de las pruebas prescriptas para los delitos no castigados con pena de muerte, con relación á aquellos que se castigan con dicha pena.

Por lo demás, no deja de justificarse este (digámoslo claro) absurdo, de prescribir mayor ó menor prueba, mayor ó menor certidumbre; es vicio inevitable del sistema de las pruebas legales. Lo absurdo radica en lo que ya se ha dicho; la justificación está en que, cuanto más severa es la pena, tanto más aumenta el temor de castigar la inocencia, sobre todo cuando se trata de una pena irreparable, como la pena capital; ahora bien, el legislador, conforme aumenta la gravedad de la pena, exige mayores seguridades. Todo ello, como se ve, por virtud de una exuberancia y no por otra cosa, puesto que la prueba adecuada para aseverar los delitos menores, se debe considerar adecuada también para producir el mismo efecto con relación á los mayores; de otra suerte, los primeros se castigarían sin haber alcanzado el juzgador el estado de certeza. La ley austriaca al disponer que cuando los crímenes capitales no fuesen aseverados con las pruebas excepcionales prescriptas, sino de otro modo, se castiguen con una pena distinta, acepta el sistema, rechazado

por la moderna civilización, de las *penas extraordinarias* por falta de pruebas regulares; este absurdo constituye una de las muchas razones que por mi parte he aducido en el discurso *De la pena capital*, para defender la abolición de la misma.

VIII

De las pruebas formales y esenciales.

Las pruebas perfectas suelen distinguirse en *formales* y *esenciales*, pero, respondiendo al verdadero concepto de la certeza antes expuesto (II, III, VII), sólo estas últimas son válidas en lo criminal. De hecho el estado de certeza no resulta de las primeras, á diferencia de las segundas, porque añadan alguna cosa proveniente de su propia naturaleza por lógica demostración, sino más bien en virtud de una convención, de un artificio, de una ficción legal, más ó menos razonable, é independientemente de su valor intrínseco. Las pruebas sacadas de las ordalías son de esta suerte, porque entre las mismas y el objeto que se infería de su significado, no había verdadero nexo lógico. Una mujer de Israel bebe una poción que se le ofrece: si se hincha, es una adúltera; ahora bien: entre los efectos de esta ordalía y el adulte-

rio ¿qué nexo existe que demuestre la existencia de tal delito, hasta el punto de que se la deba tener por probado?

Los *juicios de Dios* no son las únicas pruebas que pertenecen á esta especie de las formales; pueden añadirse los juramentos en general y la antigua purgación canónica en especial, así como todas aquellas pruebas que Montesquieu llamaba *negativas,* las cuales se caracterizan, porque prescinden del indicio natural, para fijarse principalmente en uno preternatural y ficticio. Trátase, en verdad, de pruebas no justificadas, no circunstanciadas, desprovistas de todo motivo suficiente y que se resuelven en una afirmación ó en una negación pura y simple (nudas). Así, cuando alguno de los sacramentarios ó compurgatorios garantía la probidad ó inocencia de su acusado, ó éste se sustraía á la imputación por un simple juramento purgatorio, acompañado de ciertos ritos, ó bien se daba por vencido un acusador, en virtud de una admisión de la acusación, prescindiendo de toda alegación sobre los hechos..., en todos estos casos se trataba de pruebas negativas ó formales, pruebas que podríamos llamar *extrínsecas,* si no se hubiera usado esta palabra con otro sentido.

En el procedimiento civil semejantes pruebas se usan todavía y á veces no puede pasarse por otro camino; en el penal no desaparecieron por com-

pleto, como deberían, á causa de ciertas pruebas y presunciones legales absolutas. Realmente no valen las simples aceptaciones de las partes y las prescripciones indeclinables del legislador acerca del cálculo de la certeza; como Mittermaier demostró palmariamente en su célebre *Tratado de la prueba en materia criminal,* las pruebas formales son *ilegítimas.*

Al colocar la confesión entre los medios ilegítimos de certidumbre, esto es, entre los medios, que no la producen temo que no se me comprenda tan perfectamente como yo quisiera, por lo que, á las indigaciones ya hechas, es preciso añadir la existencia de una distinción exacta, entre la confesión correspondiente á la prueba formal y la correspondiente á la prueba material. La confesión de hecho puede revestir dos caracteres: ya se trata de verdadero testimonio de hechos circunstanciados, una narración del autor que revela su delito, ó sea una prueba testimonial de inculpación, ó bien se trata de una simple admisión de la acusación, un desistimiento, un darse por vencido, sin alegar hechos justificantes, ó quizá prescindiendo de ellos, como ocurre cuando en el procedimiento civil el demandado se allana á la demanda del actor, sin cuidarse de la prueba. Esta última especie de confesión no es válida en lo criminal más que como indicio intrínseco, no como prueba intrínseca.

El más amplio estudio que de las leyes civiles se ha hecho, comparado con el que se ha aplicado á las penales, y, sobre todo, la altura y cuasi perfección á que aquéllas se elevaron merced á los jurisconsultos romanos, los cuales gustaban más de las primeras que de las segundas (así como aquellos que, floreciendo en los últimos tiempos de la República y en los primeros del Imperio, atendiendo más á regular lo realtivo á los intereses privados que lo referente á las públicas instituciones y á las garantías de la libertad), ha sido la causa de que la jurisprudencia penal quedara sometida á la civil, como su discípula y menor, dando lugar á que ciertas normas civiles se introdujeran en lo criminal, sin atender á si tal introducción era ó no razonable.

La materia de pruebas, como tantas otras, no quedó inmune de semejante promiscuidad, y así ocurre que, para la comprobación de los delitos, se han aplicado y se aplican, medios de prueba convenientes tan sólo para los asuntos civiles. No se niega la armonía entre las diversas ramas del Derecho, ni se desconoce la identidad del fin, en el procedimiento civil y en el penal; sabido es que ambos se proponen el descubirmiento de la verdad; mas el predominio de la razón privada vino á producir una cierta confusión, á la cual se habituaron en los tribunales los jueces y los jurisperi-

tos, dando por tal modo margen á que se inocularan en la jurisprudencia probatoria criminal, ciertos errores, de que aun hoy en día se encuentran no pocos vestigios.

Aunque, como se dice, sea uno mismo el fin de los dos procedimientos, la comprobación de los hechos y las consiguientes determinaciones, sin embargo, entre la crítica penal y la civil existe una diferencia cuyos límites conviene señalar. La crítica civil versa, y se mantiene, entre dos contrarias alegaciones de hechos, y debe decidir, cuál de las dos es la verdadera ó á lo menos cuál de las dos parece más verdadera; por lo que en ocasiones tiene que decidirse en pro de una con preferencia á la otra, en atención á probabilidades más ó menos acentuadas. Cuando se piensa que en el procedimiento civil, el juez debe resolver sin remedio, por las alegaciones del actor ó por las del demandado, aunque ni las unas ni las otras le parezcan completamente demostradas, se comprende que le baste cualquier leve argumento para inclinarse á una de las dos. En cambio, en la crítica penal no existe la necesidad de semejante alternativa; el proceso encamínase á hacer constar si se ha realizado tal delito, y si Fulano es el autor; cuando, á pesar de todas las indagaciones, no se ha llegado á un estado de certeza adecuado, no hay necesidad de declarar la reali-

dad del primero ni la delincuencia del segundo. En suma, si la *parte civil* puede ser condenada sólo porque su derecho es menos cierto que el de su contrario, la *parte penal* sólo puede serlo cuando el delito sea cierto; por tanto, en el primer caso, basta una certeza ficticia, mientras en el segundo ha de haberla real.

Esta necesaria diversidad entre los objetos de una y otra, impone como consecuencia la de que, al fin y al cabo, la crítica penal es más exigente que la civil, por lo que el campo de las pruebas criminales es más estrecho que el de las civiles. Y así, en efecto, entre éstas enuméranse ciertas presunciones que resultarían en aquéllas injustas (tales como las inducciones inexorables que se infieren de la rebeldía y del silencio), así como ciertos medios para aclarar aquellas confusiones que es preciso á toda costa poner en claro: tales como los juramentos, las transacciones y demás que en la prueba criminal serían verdaderos absurdos. En una contienda civil, por ejemplo, una de las partes alega un documento como prueba de su demanda. El documento puede ser falso, ó, siendo verdadero, puede ser insuficiente; sin embargo, cuestión es esta que el juez no promueve; así que, si la parte contraria no se cuida por sí misma de oponer el argumento y de demostrar la falsedad y la insuficiencia, el juez la tendrá por vencida en el litigio.

Como se ve, pues, prescíndese aquí de la cuestión de la certeza de los hechos y demás; la omisión, el desistimiento de una parte, pueden ser suficientes para que el juez favorezca á la otra.

En virtud de estas consideraciones, resulta claramente la mayor importancia de la crítica penal comparada con la civil, toda vez que, refiriéndose la primera á derechos inalienables y la segunda á derechos alienables, y no tratándose en ésta más que de la propiedad, mientras que en aquélla se trata del honor, de la libertad y hasta de la vida, el juez de lo criminal está obligado á investigar la verdad aun contra la voluntad de la parte misma, mientras que el de lo civil prescinde de sus propias investigaciones, bastándole entre las supuestas alegaciones y documentaciones las que le parezcan más fuertes, ó bien las que no resulten desmentidas, y si lo fueren, le parezcan las más probables. Para dar un nuevo ejemplo que facilite la compresión de la actitud del juez en una causa civil, supongamos que el verdadero objeto del litigio sea un valor de seis liras y que el actor reclame por su parte nueve, mientras que el demandado reconoce sólo la procedencia de la reclamación de tres. Si el juez antes que atenerse á la investigación de una certeza artificial se atuviera á la natural; si en vez de decidirse por la mejor entre las dos alegaciones se fijase en la verdad. ., antes que

ver si el hecho alegado por una de las partes es más verdadero que el alegado por la otra, se resolvería á investigar qué hecho, prescindiendo de los alegados, era el verdadero. Sin embargo, no se cuida del objeto verdadero del litigio, sino que se propone averiguar cuál de las dos alegaciones aducidas será la más probable. ¿Ofrece mayores probabilidades el aserto del actor? Pues bien, en ese caso el objeto del litigio serán las nueve liras. ¿Las ofrece mayores el del demandado? Pues en tal caso dicho objeto serán las tres liras, siendo así que, según hemos supuesto, el verdadero objeto eran seis liras. Y cuenta que al obrar así el magistrado, procederá rectamente en sus juicios, pues sabido es que tiene que limitarse á alcanzar un estado de certeza condicional, siguiendo forzosamente un camino determinado. Sin duda hay ciertas formas del procedimiento civil en las cuales, á causa de su índole inquisitoria, el juez persigue la verdad por sí mismo, proponiéndose alcanzar en mayor ó menor medida una certeza esencial no formal; pero ésta no deja por eso de ser propia del procedimiento civil como aquélla lo es del criminal.

IX

De las pruebas simples y compuestas, inmediatas y mediatas, personales y reales.

Examinadas las pruebas perfectas é imperfectas, esenciales y formales, y demostrada la legitimidad de las perfectas y de las esenciales, tan sólo es preciso (antes de proceder al examen de los diferentes medios probatorios y á su cálculo) examinar los diferentes aspectos bajo los cuales pueden verse las pruebas por la mente humana, para de este modo precisar y definir sus especies; cabe en este punto distinguir dichas pruebas en simples y compuestas, inmediatas y mediatas, personales y reales, internas y externas, directas é indirectas, positivas y negativas, de inculpación y de descargo, objetivas y subjetivas, intencionales y de ejecución, principales y accesorias. El concepto de la prueba perfecta (VII implica la posibilidad de la imperfecta, la cual existirá siempre que los datos ofrecidos no sean suficientes para producir en la mente una firme y razonable persuasión. Ahora bien, como en lo criminal sólo es válida la prueba perfecta, no sería necesario tratar de la imperfecta, si no fuera porque puede ésta coadyuvar á los fines del proceso penal merced á su coin-

cidencia con otras. Es cosa admitida que varios datos, que tomados aisladamente no producen una certeza verdadera, pueden, sin embargo, provocarla tomados colectiva ó conjuntamente; así, un concurso de pruebas imperfectas puede equivaler á una prueba perfecta. De esto resulta que hay pruebas perfectas, ya porque lo son en sí mismas, ya porque resulten del conjunto de varias pruebas imperfectas. Llámanse las primeras *simples,* y las segundas *compuestas* (XXXVII).

Tanto las unas como las otras pueden llegar á quien de ellas se sirve inmediata ó mediatamente. En efecto, un hecho cualquiera puede sernos referido bien por un testigo del mismo (ya como sujeto activo ó pasivo, ya como simple espectador), bien por quien lo ha sabido de otro; el primero cuenta el hecho, el segundo, nos hace la referencia del mismo, viniendo á ser como un testigo del testigo. Ahora bien, las pruebas provenientes de la primera forma, ya procedan de un ente moral ó de objeto material, en suma, de los hombres ó de las cosas, las llamo *inmediatas* ú originales, y las de la segunda *mediatas* ó derivadas.

Así, por ejemplo, si Ticio confiesa en juicio haber robado á Cayo, ofrece una prueba inmediata de su delito; y si, por el contrario, Mevio y Lucio aseveran que Ticio les ha confesado el delito, aquéllos ofrecen una prueba mediata del hurto,

aunque inmediata de la confesión. No debe extrañar que recuerde aquí la antigualla de Ticio y de Cayo, de que algunos acaso estén ya fatigados. Al fin y al cabo la usaban los romanos nuestros abuelos, que se valían de semejantes sutilezas jurídicas para sus demostraciones. Ahora bien, ojalá sepamos siempre imitarlos... Supongamos que Mevio y Lucio hayan sido testigos del delito y que lo hayan contado á Julio y á Manlio: los primeros son en el juicio testigos inmediatos, llamados impropiamente *oculares;* los segundos lo son mediatos, ó, también impropiamente, *auriculares*. Digo impropiamente porque, tanto unos como otros, pueden haber llegado al conocimiento del hecho mediante la vista ó mediante el oído. Este calificativo lo usaron los jurisconsultos, fundándose en que el testigo inmediato *ve, por decirlo así,* el hecho que asevera (aunque haya podido oirlo, como en el caso de injurias verbales), y el mediato la oye de otros (aun cuando también pueda verlo, como en el caso de declaraciones escritas).

Desde luego se comprende que una prueba mediata, en igualdad de circunstancias, vale menos que una inmediata, siendo por su naturaleza imperfecta, ya que, si la verdad puede oscurecerse al ser comprendida por los primeros testigos, siempre hay más probabilidades de que se oscurezça mayormente, en los testigos ulteriores á

quienes se cuenta; y si puede suscitarse la duda respecto de los primeros, en cuanto pudieron equivocarse y pueden engañar, cuando se trata de los segundos, cabe la duda también de que hayan sido engañados y de que engañen. De aquí nace una justa desconfianza, la cual aumenta cuantos más son los grados porque el testimonio pasa, toda vez que la verdad referida de testigo á testigo, va poco á poco perdiendo, de un modo natural y necesario, su luz y su precisión primera. Y nótese además que las referencias no ofrecen al fin y al cabo todas aquellas garantías que hacen idóneo el testimonio judicial, por ejemplo: el interrogatorio, las solemnidades rituales, el juramento y el temor de la pena.

Conviene á este propósito recordar aquella especie de prueba usada en los antiguos tiempos, la cual no es realmente una verdadera prueba: me refiero á la fama, á la voz pública, que daba origen á lo que se llamaba *notoriedad*. Bastaba ésta para condenar á algunos; y también, según el parecer de algún jurisperito y las prescripciones de algún legislador, puede valer, ya que no como otra cosa, como prueba imperfecta ó como indicio; más á decir verdad, esta acusación indeterminada y vaga cuyo origen primero se desconoce, y que en modo alguno puede dar lugar á un conocer propio, no puede tener ningún valor: es un conjunto

de mil rumores, ó bien, como decía Voltaire, *eco ya de otros rumores,* cuyo origen, si fuese posible determinar, acaso se encontraría en el miedo ó en la calumnia de algún fanático ó de algún malvado.

La notoriedad (me refiero á la que recae sobre las circunstancias principales y especiales del delito) es el último límite y la suma de las pruebas denominadas mediatas; es una referencia general que consta de diversas referencias especiales, las cuales, á su vez, provienen de otras referencias precedentes, y éstas de otras... De modo que aun cuando pueda llegar á la verdad, la presenta necesariamente á través de tantos medios y de trámites tantos, que ya no puede ser reconocida, no siendo dable prestarle fe. Sin duda puede servir como indicación sugestiva para inquirir, partiendo de ella, por el camino de las referencias enlazadas hasta llegar, si es posible, á aquella que toca con la material perpetración del hecho referido; realmente, en los juicios sobre asuntos penales, como en todos aquellos que son tan importantes en la vida, no se puede dar crédito á una declaración cualquiera, sino tan sólo á las que tengan cierto fundamento. Yo creo que es verdad el hurto de Ticio, en virtud del aserto de Mevio y Lucio, porque éstos vieron cometerlo; en cambio, en virtud del aserto de Julio y Manlio, que lo oyeron á los otros

dos, sólo creo en la verdad de la referencia, pero no que el hurto de Ticio se haya realmente realizado si Julio y Manlio no lo vieron cometer. Si estos últimos hubieran referido á otros lo que á Mevio y Lucio han oído, los nuevos testigos probarán tan solo la verdad de la referencia de Julio y Manlio, pero no directamente la del dicho de Mevio y Lucio, y menos todavía la verdad de la perpetración del hurto, del cual sólo se tendrán entonces indicios más ó menos fuertes.

Si la deposición de los testigos primeros ó inmediatos, se hiciere á los segundos ó mediatos con aquellos requisitos que se exigen para que sea legítima ó sea válida y cierta, se podría obtener, merced también á estos últimos, una prueba perfecta en juicio; pero como la deposición indicada, ni se hace, ni se puede hacer, con los requisitos exigidos por la ley y por la jurisprudencia, resulta que la referencia no puede nunca constituir por sí sola prueba plena. Por lo demás, acerca de este asunto se hablará especialmente en el capítulo de las pruebas imperfectas (XXXVII).

Consideradas desde el punto de vista exterior, las pruebas pueden ser objeto de una ulterior distinción en razón de los medios que entrañan, los cuales medios son, como es sabido, ó nuestros sentidos ó las referencias ajenas. Las huellas que el delito deja, ya en los hombres (morales), ya en las

cosas (materiales), llegan á conocimiento del juez merced á estos dos medios, constituyendo las fuentes de dos diversas clases de pruebas, las cuales se llaman por esto mismo *personales* y *reales* Las primeras se manifiestan al juez en *audiencia;* las segundas, con la inspección, de un modo inmediato; pudiendo también manifestarse mediatamente, como en el caso de una circunstancia aseverada por personas, ó de una deposición personal puesta de manifiesto por cosas (por ejemplo, en los documentos). Sin embargo, tratándose aquí, como se trata de las pruebas, las considero bajo el aspecto de su inmediata presentación al juez; esto es, tal cual se ofrecen á su apreciación en el acto de dictar sentencia.

X

De las pruebas internas y externas, directas é indirectas, positivas y negatvas.

Según lo expuesto, podemos decir que nos persuadimos de la verdad de un hecho, ya porque fuimos espectadores de él nosotros mismos, ya porque nos lo atestiguan terceros que lo presenciaron En el primer caso la verdad pudo haber sido falseada por nuestros sentidos; en el segundo, por os sentidos también de los testigos y por su mali-

cia; la certeza, por tanto, debe ser mayor en el primero que en el segundo caso, siendo mayor la credibilidad que surge de la propia observación que la resultante de las narraciones de otros. El juez, sin embargo, la mayoría de las veces, tiene que formar una certeza histórica; esto es, la que resulta de las pruebas personales ó testimoniales, ó como quiera decirse; si cabe que algún hecho se pruebe en virtud de la simple inspección, no hay modo de que tal hecho sea el delito salvo cuando éste ocurra en el mismo juicio.

El hecho, pues, que se nos manifiesta á nosotros ó á otros es aquel sobre que queremos juzgar, ó bien sobre una simple circunstancia del mismo; tratándose de materia penal, el juicio recae sobre el delito material externo ó sobre una de sus circunstancias. Supongamos que un testimonio nos asevera haber visto á Ticio matar á Cayo, y otro haber visto á Ticio estar cerca del cadáver de Cayo con un puñal ensangrentado en la mano; el primero testifica el hecho material sobre que se juzga, y el segundo un hecho sólo que es simple circunstancia del primer hecho; en otros términos, aquél muestra la muerte tal cual ha ocurrido; éste, una circunstancia de la misma, que puede naturalmente dividirse en dos: presencia en el lugar y posesión de un instrumento mortífero.

Los criminalistas, en el supuesto de que una

prueba pueda referirse á todo el delito, y no sólo á una parte, ó á lo más, al elemento material, la distinguen de la que sólo se refiere á alguna circunstancia, llamando á esta última circunstancial. Pero resulta muy claro que toda prueba, aunque sea la que se refiere á la generación misma del delito, como no puede mostrar al vivo el conjunto total de los hechos que forman el objeto de la sentencia, es circunstancial. Por donde resulta fácil señalar el error de aquellos que reputan indirectas ó indiciarias, todas las pruebas circunstanciales, ya que si así fuese no habría verdaderas pruebas directas.

Pero dado el lenguaje de la jurisprudencia, parece que no es preciso el concepto y la distinción de las pruebas directas ó indirectas por otra razón. *Pruebas directas,* según la misma, son la confesión, las declaraciones de testigos, la pericial, las inspecciones judiciales, los documentos; é *indirectas,* los indicios. Ahora bien, los indicios son sin duda pruebas indirectas; pero en mi opinión las demás indicadas no son siempre y sólo directas, pues pueden muy bien no serlo. En efecto, ó se refieren á una de las circunstancias *constituyentes* del delito, ó bien á una de las indiciarias del mismo; en el primer supuesto son pruebas directas; en el segundo, indirectas: ahora bien, ¿qué indicio se podría probar sin ellas?

Lo que hay es que la prueba directa, como instrumento de certeza, se toma en un sentido distinto de la indirecta, y así se dice, refiriéndose á un hecho que se ha obtenido la prueba indirecta y no la directa, como si se pudiera obtener la una sin la otra, y como si se pudiera probar un indicio ó mejor un concurso de indicios, sin testimonios, sin inspecciones, etc. Según esto, parece que las pruebas testimonial, pericial, real, documental, deben reunirse y distinguirse con un nombre que no sea el de directas, si la noción de éstas es correlativa y opuesta á la noción de las indirectas; las cuales, por otra parte, surgen igualmente de la confesión, del testimonio, del dictamen pericial, de la inspección ó del documento.

De hecho, si según el lenguaje de la jurisprudencia práctica (que no es el que yo ahora adopto), prueba directa quiere decir la que surge de los testigos, de los documentos, etc., é indirecta la que proviene de los indicios, resulta que cuando afirma que una cosa se ha demostrado con pruebas directas ó con indirectas sólo, tal lenguaje no es exacto, porque los indicios deben también ser probados con testigos, documentos y demás, y porque la prueba indirecta debe probarse en definitiva con la directa. Estas dos especies de prueba no pueden, pues, considerarse separadas y alternativas, sino conjuntas y mutuas.

La diferencia entre lo que los pragmáticos llaman pruebas directas y los indicios, consiste en que aquellas son instrumentos probatorios mientras que éstos son objeto de los mismos; así es natural que se deban distinguir las pruebas según que se consideren como medios de certeza ó como sus indicaciones. Cada prueba se puede considerar bajo ambos aspectos: externo é interno; esto es, como circunstancia indicadora y como circunstancia indicada. Una persona declara acerca de un incendio: esto, en un proceso dado, puede considerarse bajo dos aspectos: el de la deposición y el del incendio. Lo mismo puede decirse de todo otro hecho, como por ejemplo, de un documento que puede considerarse como manifestación en uno y como circunstancia de un crimen en otro. Las pruebas, consideradas en el primer aspecto, que es el propio, esto es, como circunstancias indicadoras, las llamo pruebas externas, y las pruebas consideradas en el segundo las llamo internas. En las pruebas internas, esto es, en las pruebas en cuanto se las considera bajo el aspecto interno y de circunstancias del hecho juzgable, es en donde se debe buscar la famosa distinción entre pruebas directas é indirectas.

Toda prueba externa pone de manifiesto una ó varias circunstancias del hecho, objeto del juicio; pero estas circunstancias (internas), ó bien se ma-

nifiestan directa ó indirectamente, esto es, por sí mismas, ó bien en virtud de otras, en virtud de las cuales se inducen: en el primer caso tenemos las pruebas directas; en el segundo, las indirectas. Por ejemplo: entre las circunstancias de un proceso tenemos, por ejemplo, dos: la quema de una casa y la producción del incendio por obra del hombre; la primera de estas circunstancias se comprueba por el juez mismo; la segunda se infiere de otras varias circunstancias, tales como el hecho de encontrar materias incendiarias, el modo del incendio, amenazas anteriores, etc.; ahora bien: la primera es una prueba directa; la segunda, indirecta. Nótese, además, que una misma circunstancia puede ser directa ó indirecta, según que se tome en sí ó como indicio de otra, y que el nombre de prueba indirecta se da á la vez á la circunstancia indicadora y á la indicada.

Bentham llamó circunstancial á la prueba indirecta; pero si toda prueba, aunque sea directa, es circunstancial, este apelativo no quiere decir nada; y aunque hubiera pruebas circunstanciales y no circunstanciales, las designadas con aquel apelativo no podrían estimarse como distintas de las indirectas; es preciso, pues, convencerse; el delito completo no se puede comprobar ó demostrar con un solo testimonio ni con ninguna otra prueba por sí sola. En el caso de que dos testigos irrepro-

chables y oculares aseveren que un acusado ha cometido por ejemplo, un homicidio, no consignan el hecho criminoso, sino tan solo, á lo más la muerte de un hombre, ó sea el elemento material externo del hecho: son necesarias, pues, otras pruebas ó presunciones que demuestren además, el elemento moral: conocimiento de los efectos de los propios actos, intención de matar, motivo de la muerte, ocurrencia de la muerte por causa tan sólo de la herida..... Según esto, cada prueba no suministra certeza más que de una ó varias circunstancias, ya materiales, ya morales, del delito; y no se podrá decir, sino abusiva é impropiamente, que por sí sola asevere el delito mismo en el caso en que lo que hace constar es la ejecución, lo material, ó bien, como suele decirse en sentido lato, el *cuerpo del delito*.

En el supuesto, pues, de que toda prueba es circunstancial, el nombre de prueba directa deberá aplicarse á aquellas pruebas que se refieren á una circunstancia del delito, y el de indirecta á aquéllas otras que se refieren á circunstancias de donde se inducen las del delito. *Circunstancia* es una idea relativa á la de *hecho;* todo hecho, en tanto que se le considera parte de otro, es una circunstancia del mismo; y este mismo hecho puede á su vez considerarse parte, y, por tanto, circunstancia de un tercero. Así, pues, todo hecho en un

sentido absoluto, puede en un sentido relativo considerarse como circunstancia de otro hecho. El hecho que se investiga en el juicio criminal es el *delito;* las circunstancias son aquellos hechos secundarios, morales y materiales que lo constituyen. Estos hechos se manifiestan en el juicio, ya directa, ya indirectamente, manifestándose de esta última manera cuando se inducen de otros hechos probados. La prueba indirecta ó *conjetural* es, pues, aquella que testifica un hecho desconocido en virtud de uno conocido.

Hay también el caso en que se afirma un hecho y se ofrece la certeza de otros, ó se presentan circunstancias probatorias del hecho mismo ó uno diverso oponiéndolas á la prueba del primero. Ticio es el acusado de haber matado á Cayo en un momento y en un lugar dados; no pudiendo aquél demostrar con medios propios de prueba que no ha cometido tal homicidio, demuestra con medios extraños que en el momento en que se supone cometido el delito se encontraba en otro sitio; de este modo, y una vez probada la coartada, refléjase la luz que la misma produce sobre su inocencia, que de esta suerte quedará comprobada.

Ahora bien, las pruebas que no se refieren al hecho controvertido (sea éste el delito ó una circunstancia cualquiera), sino á otro en virtud del cual se demuestra indirectamente el primero, llá-

manse pruebas *negativas,* á diferencia de las *positivas,* que son las que se refieren al hecho mismo objeto de la controversia. Las primeras ofrécense más bien en el descargo que en la acusación, y consisten en todas aquellas circunstancias que el acusado opone al efecto de neutralizar, por decirlo así, las que le resultan contrarias; pero pueden, sin embargo, presentarse en la misma acusación, como en el caso en que se impute á uno un delito por el hecho de que sólo él y no otro tenía la posibilidad de cometerlo: dichas pruebas, ya sean de cargo, ya de descargo, son siempre indirectas en cuanto contemplan el hecho que se investiga de un modo oblicuo. Los antiguos juicios de Dios son pruebas de esta clase, pero formales; lo mismo puede decirse de la purgación canónica, merced á la cual juraba el acusado la propia inocencia, y esto bastaba.

El concepto esencial de la prueba negativa está en que en lugar de aseverar directamente la verdad ó la falsedad del hecho que constituye el objeto de la controversia, asevera uno que lo admite ó lo rechaza necesariamente. Se dice que Ticio ha matado á Cayo; pero, observa aquél, ¿cómo puede ser esto, si cuando Cayo fué muerto me encontraba yo á 1.000 millas de distancia?...

XI

De las pruebas de inculpación y de descargo, objetivas y subjetivas, intencionales y de ejecución, principales y accesorias.

Consideradas las pruebas en su aspecto interno, conviene subdividirlas para facilitar su uso, ya que después de todo, mucha parte del saber está en clasificar adecuadamente. En primer término, es fácil observar de qué modo se parte de un prejuicio cuando se dice que el objeto del juicio criminal es el crimen, siendo así que puede ó no serlo. De ahí la tendencia y el háb to de mirar las pruebas y las circunstancias tan sólo como de imputación, olvidando que el objeto del juicio criminal es un cúmulo de circunstancias morales y materiales de imputación criminosa ó no, por lo que al fijar el hecho criminal es preciso poner de manifiesto tanto la culpa como la inocencia. De las diversas circunstancias sometidas al examen judicial, unas constituyen ó están en conexión con un crimen; otras, ó son completamente indiferentes, ó constituyen y están en conexión con hechos tales que rechazan el crimen y le son opuestas. Se trata de investigar, verbigracia, un delito de estupro; las señales físicas de la violación serán una cir-

cunstancia conexa con el delito; la comprobada impotencia del que fuere acusado como autor, una circunstancia opuesta al mismo, y la religión de la víctima, una circunstancia indiferente. Debe advertirse que una circunstancia en sí indiferente, puede dejar de serlo con relación á un hecho dado; así, en el caso supuesto, el vínculo de estrecha consaguinidad entre el reo y la víctima según se considere, puede ser una circunstancia esencial del estupro incestuoso, ó bien una circunstancia de probable exclusión del estupro simple. Tenemos, pues, circunstancias que principal ó accesoriamente se refieren al conjunto sobre el cual se ha de fundar el juicio definitivo; pero teniendo en cuenta que aquellas circunstancias, que de uno ú otro modo apoyan el delito, se denominan circunstancias de inculpación ó de cargo, mientras que las que apoyan la inocencia son circunstancias que disculpan, esto es, circunstancias de descargo.

Las pruebas internas y de inculpación pueden ser divididas ulteriormente, en atención á la esfera de su eficacia probatoria, en objetivas ó subjetivas, intencionales y de ejecución, principales y accesorias.

Si una prueba se refiere á un acto criminoso cometido, prescindiendo del autor, llámese *objetiva;* si se refiere al autor, prescindiendo del acto, llá-

mase *subjetiva;* la primera la llaman también los prácticos *genérica,* y la segunda *epecífica;* pero aparte de que esto implica una extraña manera de tomar las ideas de género y de especie, acusa una falta de precisión en el uso mismo de estas palabras, según el cual, prueba genérica no puede equivaler á objetiva, por referirse más bien al elemento material, al cuerpo del delito tomado en su sentido lato, prescindiendo, no sólo de los aspectos subjetivos, sino también de la imputabilidad del acto y del grado de la misma. La distinción de las pruebas en objetivas y subjetivas no es más que una separación mental del conjunto probatorio, por lo que no veo la necesidad ó mejor lo razonable de aquel precepto, según el cual, la prueba subjetiva no vale cuando no existe la objetiva. No cabría imaginar el caso en que pueda existir la una sin la otra, si aquélla implica ésta necesariamente. Por otra parte, si el epíteto de objetiva se puede tomar en el sentido práctico de genérica, esto es, si se ha de decir que no se puede afirmar el reo sin que conste el hecho en general, ó la ejecución material, es cosa de que más adelante se hablará (XXVIII-XXX).

Prosiguiendo la clasificación, es de advertir cómo cada acción se compone de dos elementos esenciales: la *intención* y la *ejecución.* Para cometer un homicidio, por ejemplo, es preciso el propó-

sito de matar (elemento moral), y el acto de matar (elemento material); y si uno ú otro faltan, no hay delito, ni habiéndolo se puede considerar probado, de no probarse conjuntamente el propósito y el acto. Cada delito requiere, pues, una vez realizado, dos pruebas distintas: la *intencional* y la que pudiéramos llamar de *ejecución*. La primera refiérese al elemento interior, y la segunda al efecto criminoso. Ya va dicho (X, XXXIX) cómo á pesar del testimonio ofrecido con las mayores garantías, esto es, judicial, doble, original, imparcial, jurado..., el cual asevera que Ticio ha matado á Cayo, y éste yace cadáver, sin embargo no está probado el homicidio, sino tan sólo, á lo más, uno de sus elementos, el material.

¡Cuántos jueces equivocados, cuántas víctimas no manchan los fastos criminales á causa de esta confusión, en virtud de la cual se tiene por probado un delito porque se ha llegado á demostrar su efectuación material! Investigando los medios adecuados para conseguir la prueba del elemento moral interior de cada delito, desde luego vemos que no hay ni se puede tener otra prueba directa que no sea la de la confesión del reo, y como ésta es difícil, se impone la necesidad de acudir á las pruebas indirectas. Realmente, sólo merced á las presunciones y á los indicios, se puede descubrir ordinariamente el propósito criminoso. Suponga-

mos que se tiene la prueba material y exterior de la muerte de Cayo por mano de Ticio; como éste no se confesare, la prueba moral interior se podría obtener en virtud de los siguientes argumentos: el conocimiento presunto en Ticio, como en todo hombre, de que una herida hecha con tal instrumento y en tal sitio suele, sin duda alguna, ocasionar la muerte; el odio mortal hacia el muerto; las amenazas anteriores al delito; la satisfacción posterior, etc. Además, la prueba circunstancial del elemento moral del crimen puede ser necesaria, no obstante la confesión del acusado, siempre que pueda presumirse que esta última es falsa ó parcial.

Sabido es que en una causa penal concurren con más ó menos influencia circunstancias secundarias, por lo que es corriente que en toda decisión judicial se necesita probar, además del hecho criminoso, otros hechos colaterales, sin los cuales aquél no se conocería. Ahora bien, las pruebas del hecho que constituye el objeto y el fin de la sentencia las llamo *principales* y *accesorias,* las relativas á un hecho colateral.

He aquí un ejemplo: Servio es acusado de bigamia; consta el nuevo matrimonio y el mismo bígamo lo confiesa. Semejante confesión, con más las revelaciones de la esposa y de los testigos de matrimonio, prueban el hecho que constituye el

delito, y, en su virtud, ofrecen una prueba principal; pero esto no basta, es preciso la de la persistencia de un precedente matrimonio no disuelto.

Esta prueba, que no se refiere al delito de un modo directo, sino á una circunstancia independiente y sin la cual aquél no existiría, prueba que puede sacarse de los registros del estado civil, de las notas parroquiales, de los testimonios. de las confesiones, etc., es la prueba accesoria.

Bien sé que es una expresión aparentemente errónea aquella de que la primera prueba (la principal) demuestra el delito, cuando luego se añade que sin la segunda tal delito no resulta demostrado; pero ante la pobreza del lenguaje en este asunto, basta con que nos entendamos; ya es un absurdo llamar *prueba* una prueba incompleta, toda vez que si es incompleta deja de ser prueba. Téngase, pues, como norma, que entendemos por prueba demostrativa del hecho principal la que se refiere al hecho mismo criminoso, y por prueba demostrativa del hecho colateral, la que se refiere á un hecho material ó moral independiente del criminoso, pero necesario para constituirlo ó comprobarlo.

Ahora bien, son muchos los hechos accesorios que, unidos al hecho principal, contribuyen á constituir un delito; sin duda uno de ellos, que se ofre-

ce siempre en la prueba intencional, es el *dolo* (si es que puede llamarse accesorio). Analicemos un hecho cualquiera, por ejemplo un hurto, el cual consta de los siguientes extremos; apropiación dolosa y el hecho de apoderarse del objeto en el ladrón, que sea ajena la cosa hurtada, y oposición en el robado. Para que el hurto subsista son, pues, precisas, cuatro pruebas; las relativas á la apropiación y al hecho de apoderarse de la cosa, al cambio de ésta, y á la oposición ó falta de asentimiento de su dueño; en suma, tenemos cuatro hechos físicos ó morales que constituyen de un modo principal ó accesorio el delito. Según el común sentir, la prueba principal es la que se refiere al hecho por el cual el ladrón se apodera de la cosa, siendo accesorias las otras tres. En su virtud, no basta que se pruebe que uno se apodera de una cosa cualquiera para que se le tenga por reo de hurto, sino que es necesario también la prueba de que la cosa apropiada es ajena, que el propietario no ha consentido en dicha apropiación, y que el sujeto activo del hecho, á sabiendas de que la cosa no era suya, y de la falta de asentimiento de su propietario, se la ha apropiado (para lucrarse). Cuando ocurre un hurto ó cualquier otro delito, no siempre suelen hacerse semejantes indagaciones por los jueces, lo cual no obsta para que deban hacerse, no debien-

do condenarse nunca sin haber obtenido un éxito feliz en las mismas.

Consta que Gneo ha quitado á Ticio un anillo; Gneo, para un juez vulgar, es sin más un ladrón, y probablemente lo será; pero el anillo de que se trata, ¿no podía ser de Gneo?, ó bien, ¿no podía éste creer que era suyo?, ó bien todavía, ¿no pudo Ticio dárselo, ó cuando menos creer Gneo que se lo había dado? Y aun cuando se suponga que el anillo fuese de Ticio y Gneo lo supiese, y que supiese también que aquél no asentía al hecho, ¿no podía haberlo tomado sin el propósito de apropiársélo, sino en simple préstamo ó como de broma?, ¿y no cabe que aun con intención de apropiárselo Gneo lo hiciera con el propósito de hacerse justicia, de cobrarse, de resarcirse, sin ánimo de lucrarse injustamente?...

Realmente semejantes dudas é indagaciones surgen y ocurren, si el sospechoso las promueve negando cualquiera de los extremos criminosos, ya sea el de la apropiación dolosa, ya el de que la cosa es ajena, ó la oposición del dueño. Y en este punto, para que tal negación sea necesaria. es preciso que exista una presunción desfavorable contra el acusado: la presunción de hurto. Sólo de este modo estará obligado á presentar las pruebas de su inocencia, que á la verdad no deben imponerse á nadie; porque la inocencia se presume,

correspondiendo por lo común al acusador probar la delincuencia y no al acusado la no criminalidad. Lo que hay es que la presunción de inocencia en este caso (y puede éste servir para los diversos delitos análogos) podrá, en ciertas circunstancias, verse contrarrestada por la de la culpabilidad en virtud del hecho de la tenencia del objeto, que si no se justifica puede resultar en verdad extraña. Así tenemos que si ordinariamente el hombre se presume inocente, cuando ha realizado ciertos actos que no acompañan por lo común á la inocencia, se le presume reo, pues tales actos implican de ordinario dolo. No siempre, pues, incumbe la prueba de éste á la acusación. Cuando la presunción del dolo surge por la índole del acto, corresponde á la defensa desvanecer la presunción del mismo (XXXIX). Puede ciertamente ocurrir que la defensa olvide esto, y que, impuesta al acusado la obligación de justificarse, éste, aunque inocente, no tenga medios, resultando á pesar de todo condenado. Supongamos que Gneo, el presunto ladrón, creyese ingenuamente que el anillo de Ticio era suyo, aunque no lo fuese; si no revela esta circunstancia contraria al delito, desde luego se le declarará reo con el castigo consiguiente, y aun cuando la revelara, si no tuviese modo de probarla (toda vez que su simple aserto no vale), también se le imputará el hurto, imponiéndole la pena con

siguiente. Pero es de presumir que de ordinario las pruebas completas y circunstanciadas hagan ver tal creencia equivocada; y si, á pesar de todo, existe el peligro de lo contrario, es preciso culpar tan sólo á lo defectuoso del saber humano, á lo difícil del juicio criminal y á la injusticia de las penas irreparables. En el caso supuesto, la creencia de Gneo en la propiedad del anillo será un hecho accesorio, distinto tan sólo de los demás indicados, porque es de descargo, mientras los otros son de inculpación, resultando que las pruebas accesorias pueden ser á la vez de inculpación y de descargo (esto es, afirmativas y negativas del supuesto delito). En el otro ejemplo antes citado de la bigamia, la prueba de la muerte de la primera mujer ó de una disolución cualquiera del primer matrimonio, será una prueba accesoria de descargo, si bien del más alto valor.

XII

De los indicios.

Ya se ha dicho que las circunstancias demostrativas del conjunto de los hechos judiciales, ya se refieren á estos mismos hechos, ya á otros que le sirven de apoyo (X). Aquella circunstancia, que apoya un hecho acerca del cual se pide la decisión

del juez, ó bien el hecho del cual se infiere otro hecho, es lo que se llama *indicio;* pero esta palabra se usa para señalar, no sólo la circunstancia indicadora, sino también la indicada, debiendo además advertirse que la circunstancia misma que indica puede á su vez haber sido indicada por otras.

La práctica ha confundido también la noción del indicio al considerarlo como circunstancia por sí misma inadecuada para probar un delito; conviene, pues, dejar claramente sentado que en mi opinión el indicio es aquella *circunstancia probada perfecta ó imperfectamente, de la cual se induce una perfecta ó imperfecta prueba de otra circunstancia que se investiga.* La perfección ó imperfección externa ó interna de la prueba no entra, pues, en la esencia del indicio; lo principal es la inferencia, ó mejor, la inducción de un hecho desconocido en virtud de otro conocido.

Supongamos un individuo que llora: puede llorar de ternura ó de gozo, ó bien puede llorar fingidamente; lo más fácil es que llore de dolor. Este hecho no consta por sí mismo; sin embargo, se infiere de otro hecho: el dolor del llanto; así éste es sólo un indicio de aquél. Cuando por medio de una circunstancia se llega á conocer otra, se obtiene una prueba indiciaria de conjeturas, artificial, *indirecta;* prueba que en este concepto difiere de la direc-

ta, porque la primera resulta precisamente del enlace de un hecho probatorio á otro que se prueba, mientras la segunda resulta de la comprobación de este último. La prueba indiciaria, además, puede ser, tanto interna como externamente, perfecta ó imperfecta, según que es necesario ó no el indicio ó el conjunto de indicios y válido ó no el instrumento probatorio.

Semejantes indicios, en efecto, argumentos ó como quieran llamarse, tienen una diversa eficacia probatoria, puesto que los unos forman una prueba completa, mientras los otros sólo ofrecen una sospecha vaga. El criterio para juzgar de semejante eficacia consiste en que una circunstancia cualquiera indica tanto más un hecho cuanto menos indique otros hechos distintos de éste Supongamos, por ejemplo, una desfloración de una doncella: cuando nos consta tan sólo que ha habido besos y abrazos, tenemos un indicio demasiado leve, ya que aquéllos pueden darse en muchos otros hechos harto inocentes. Realmente cabe que denoten un simple saludo ó aun puro afecto, ó aunque sea impuro, no consumado. Cuando nos conste, por las palabras con que estos actos fueron acompañados, los deseos impuros, fáltanos todavía por saber si éstos llegaron á efectuarse. Si tales actos se realizaron de noche, en un lecho y ocultamente, la sospecha crece y el indicio de la desflo-

ración se acentúa; pero aun entonces falta por saber si la desfloración fué consumada ó simplemente intentada. Sólo después que conste la laceración del himen resultará la desfloración plenamente indicada.

Y adviértase que aun no hemos pasado del simple indicio, porque falta que la desfloración se pruebe, ya que cabe en lo posible lo contrario; pues la laceración del himen pudo verificarse, según las recientes manifestaciones de la medicina legal, por casualidad, por arte, fuera siempre del comercio carnal. Sin embargo, dicho indicio se debe considerar como vehemente en razón de que la mayoría de las veces supone el hecho de la desfloración. El ejemplo expuesto hace ver claramente, de qué manera la fuerza probatoria aumenta de un modo progresivo en los diferentes indicios señalados, á partir de los simples besos y abrazos, pasando luego á los datos que indican deseo voluptuoso, á su forma clandestina, hasta llegar por último á la laceración del himen. Nuestra inteligencia, siguiendo esta misma escala ascendente, siéntese constreñida á inclinarse cada vez con más fuerza á la desfloración, pero sin llegar todavía á la certeza. Hay, sin embargo, un último indicio que la persuade plenamente; dicho indicio es el embarazo, y una vez aquí, nuestra inteligencia no tiene más remedio que admitir por

necesidad la desfloración, puesto que no es posible llegar á semejante estado sin la cópula carnal.

Casia está de hecho desflorada; Ticio testifica la desfloración, mientras que Sempronio afirma el embarazo. El delito que se trata de probar es de estupro, el cual se prueba precisamente por Ticio y por Sempronio, si bien de un modo distinto, pues Ticio lo afirma directamente, mientras que Sempronio lo hace indirectamente, aunque con igual fuerza. Sempronio nada sabe de la desfloración; pero como sabe lo del embarazo, ofrece al Juez la misma certeza del hecho criminoso que Ticio que lo conoce. Como se ve, pueden existir indicios de una fuerza tal que prueben por sí solos un hecho, los cuales, en razón de la relación necesaria que con los hechos probados tienen, se llaman *necesarios*. La preñez constituye una prueba cierta de la desfloración, ya que ésta no pudo menos de realizarse; la preñez es, pues, un indicio necesario. Lo que ocurre con las pruebas externas, que no prueban un hecho sino por la relación de necesidad existente, ocurre también con las internas indirectas. Algunos no perciben semejante relación, porque no separan los hechos constitutivos del conjunto sobre el cual se juzga; pero si se descompone mentalmente este conjunto, se verá que todas las circunstancias que lo forman, están parcialmente demostradas por una ú otra prueba, por

uno ú otro indicio, en virtud de una física y moral necesidad. Un indicio, según dejo dicho, prueba aquella circunstancia á que se refiere como necesaria: la necesidad entre el indicio y la circunstancia indicada (como advierten Tomás Nani y Mario Pagano) nace de que aquél, considerado como *efecto,* no puede tener otra causa que ésta: Casia ha dado á luz, luego ha yacido con alguno; porque el efecto de parir no puede tener otra causa que la unión carnal, por donde el coito resulta perfectamente necesario.

Lo que hay es que algunos efectos pueden tener varias causas: la *fuga,* por ejemplo, puede ocurrir á consecuencia de un delito ó por cualquier otro motivo. En tales casos se deben examinar todas las causas que puedan determinar semejante efecto y rechazar todas aquellas que no lo determinaron. Se hace esto examinando otros efectos que ligados con aquel dan á conocer que todos en junto no tienen ni pudieron tener más que una sola causa. El conjunto de los efectos, considerado entonces como uno, determina la unidad de la causa, ó bien la especialidad del indicio: «cuando un efecto, dice Pagano, debió ser producido por una sola causa, constituye un indicio necesario. Por el contrario, si el efecto pudo ser producido por varias causas, surge el indicio probable, siendo entonces preciso averiguar la causa

verdadera entre tantas posibles.» De hecho, añade, «un indicio moral puede llegar á ser necesario cuando con la prueba se rechazan todas las hipótesis posibles, excepto una sola.»

La prueba indirecta, comparada con la directa, tiene la ventaja de que es menos fácil de urdir una falsedad; pero en cambio hay el peligro de que el error tiene un doble campo; puesto que, además de poder producirse aquél en la fijación de la circunstancia indiciaria (en virtud de una ilógica inferencia), cabe también que se produzca en el trabajo mental encaminado á investigar el nexo causal del indicio.

Generalmente la prueba indiciaria estímase y úsase sólo como subjetiva; pero no hay razón alguna para esta restricción, toda vez que la acción, como el autor, puede inducirse de circunstancias indirectas; en el citado caso de la desfloración inducida del embarazo tenemos un claro ejemplo de prueba indiciaria objetiva. Por otra parte, ¿cuántas argumentaciones indiciarias no se presentan en la prueba pericial y documental que la práctica llama directas y considera como suficientes en la prueba genérica?

Los indicios hánse clasificado de mil maneras, pero á mi ver muy ilógicamente, cambiando muchas veces á capricho las clases, el valor respectivo y hasta la naturaleza. Enumerarlos todos se-

ría imposible, pues son tantos como los casos infinitos que pueden presentarse y suponerse. Toda circunstancia, toda cosa, toda relación (de inculpación, de descargo ó indiferente) puede tener como indicio otra; ahora bien, ¿cómo especificar todas las circunstancias que suponen un indicio de otras?... Sin embargo, tomando los indicios en su función recriminadora (esto es, en cuanto son circunstancias que arguyen el delito, y teniendo en cuenta que estas circunstancias pueden reducirse á tres clases, de las cuales la primera se refiere al concurso de los extremos morales que hacen posible el delito, fijando, por decirlo así, el delito virtual (XIII, XV); la segunda, á las huellas materiales que su ejecución deja (XVI); la tercera, á las manifestaciones del autor y de los terceros (XVII, XVIII, XXXVII), adopto esta división tripartita que me parece la más lógica, y sin más, comienzo á tratar de la primera clase.

XIII

Del indicio de la capacidad de delinquir.

Hay tres especies ó subclases de indicios, los cuales, por considerarlos remotos, esto es, no conexos materialmente con un delito dado, no tienen ni en el pasado ni en el presente sistema probatorio más que un valor secundario ó *supletorio*,

siendo así que, estudiados de cerca, exceptuando las comprobaciones materiales, componen precisamente aquel concurso antes indicado de circunstancias morales necesarias y suficientes para delinquir. Refiérense estos indicios á la capacidad, al móvil y á la oportunidad de delinquir. Hágase que un hombre de alma perversa sea llevado por algún motivo hacia un delito y que tenga facilidad para cometerlo; este hombre será inevitablemente reo.

Hablaré primero del indicio moral y subjetivo de la *capacid ıd de delinquir,* advirtiendo ante todo que se trata de un indicio complejo, proviniente de otros indicios, ó más bien de una indicación, la cual á su vez se refiere al delito Por capacidad (moral de delinquir, que también podría llamarse índole criminosa, entiéndese aquella cualidad del ánimo propia de algunos, y en virtud de la cual éstos no sólo se inclinan, sino que aparecen dispuestos á obrar mal. No debe confundírsela, pues, ni con la capacidad físico-intelectual necesaria para delinquir, ni con el móvil criminoso, como suelen hacer los prácticos. Las circunstancias que la ponen de manifiesto son: la vida anterior y las cualidades personales de las cuales se puede inducir un hábito criminoso.

La *vida anterior* puede saberse, ó en virtud de las sentencias, ó por testimonios públicos ó priva-

dos; esto es, mediante referencias (prueba externa). Prescindo de la *fama,* porque ésta, según dejo dicho (IX), sólo vale reducida á verdaderos testimonios. Los juicios ó sentencias anteriores tienen valor en cuanto demuestran condenas anteriores y delitos anteriores. Más vagos é indeterminados los testimonios, á menudo se limitan tan sólo á narrar acciones torpes, pero no criminosas; así resulta mucho más difícil la inducción. Ahora bien: supuesta la prueba externa de las circunstancias de inculpación, aseveradas tanto por las decisiones judiciales como por los atestados oficiales ó privados, puede resultar que la persona á quien se refieren había cometido anteriormente acciones, ya criminosas, ya simplemente inmorales, de una ó varias especies y una ó varias veces El indicio será más vehemente cuando la persona de que se trate haya cometido varios delitos de la misma especie en las mismas circunstancias, y lo será menos cuando sólo se demuestren ciertos hábitos criminosos en general. La vida anterior, según esto, puede indicar ó puede producir la presunción que se funda en aquello de que los hombres de ordinario no cambian y de que el que tiene por costumbre obrar mal puede presumirse que seguirá obrando de la misma manera.

Por otra parte, la razón por la cual las *cualidades personales*, morales ó físicas hacen presumir

actos análogos, se apoya en la correspondencia entre lo moral y lo físico, y entre un acto moral y otro. Un individuo es, por ejemplo, de estructura débil: probablemente será tímido, y como tímido, cobarde. En primer término están las cualidades morales, esto es, la índole criminosa; luego las físicas, á saber: la índole inducida de los caracteres exteriores del cuerpo humano.

Cada delito tiene por móvil un afecto: la maldad en general, en primer término, y después, ya más particularmente, la codicia, la soberbia, la lujuria, la ferocidad... De dos hombres, uno bueno y el otro malo, soberbio, feroz..., ¿cuál es el reo? No hay para qué decirlo. Cuando en una persona se da tal índole, y el hábito vicioso, con su tendencia hacia un objeto dado para satisfacer una inclinación determinada, desde el momento en que concurran las condiciones propias para que aquella índole y el hábito vicioso se manifiesten, el delito puede surgir.

Mas si la índole moral, indica, es indicio del delito, necesita también ser á la vez indicada; ahora bien: el ánimo de cada cual no puede manifestarse sino por propia revelación de quien lo tiene, ó por os actos exteriores y los caracteres físicos del mismo. Esperar de un malvado la confesión de su maldad sería inútil; es preciso fijarse en las acciones, que le ponen al desnudo (lo cual facilita el in-

dicio ya citado de la vida penal antecedente), y además su mismo aspecto exterior.

El cuerpo se ha dicho que es «el espejo del alma», y ciertamente, sin desconocer las posibles excepciones, tan íntimo es su concurso y recíproca su influencia, que no pocas veces léense en aquél las pasiones y las lucubraciones de ésta. Ya se considere el cuerpo modificado por el alma, ó ya el alma por el cuerpo (ó bien alternativamente), lo indudable es que á menudo existen tales analogías entre sus cualidades, que pueden considerarse las del primero como indicio de las de la segunda. El sexo, la edad, la sangre, la constitución, el estado de salud, la conformación del cráneo (á creer á los frenólogos), influyen en la formación de las particulares inclinaciones. Quintiliano advertía ya que se debía considerar como más fácil el latrocinio en el varón y en la mujer la hechicería; una enorme pasión, la crueldad, preséntase en unos insidiosa, en otros tenaz. Tres grandes pasiones dominan en las tres diversas edades: el amor en la juventud, la ambición en la edad madura, la avaricia en la vejez De ahí los tres grandes vicios, la lujuria, la soberbia y la avaricia, las tres fieras dantescas. Las mismas razas tienen su peculiar influjo en los vicios y en las virtudes; son famosas la mala fe griega, la mentira en los chinos, la gula alemana, el orgullo castellano, la venganza corsa, la avari-

cia hebrea. A nosotros los italianos se nos ha atribuído una índole traidora, dispuestos á usar, ya del puñal, ya del veneno ..... Pero también los habitantes de la Liguria tenían entre los antiguos la fama de ruines esclavos; verdad es que dicha fama la tenía todo hombre y todo pueblo sometido; más dejemos esto, que no nos es lícito dentro de la ciencia confundir los pensamientos con los sentimientos del alma, y mucho menos cuando, como yo hago ahora, se trata de tales sutilezas metafísicas y jurídicas. No es lícito .....; pero los antiguos, aun tratando de las más graves disciplinas, no despreciaban el sentimiento, la inspiración, lo bello. No eran áridos y prolijos anatomistas como hoy, sino historiadores como Tucídides, oradores como Demóstenes, filósofos como Platón; no había un divorcio entre la razón y el corazón, entre la ciencia y el genio ..... Prosiguiendo mi razonamiento, añadiré que todo pueblo puede tener una especial inclinación hacia una suerte de delitos; pero que esto no debe considerarse como una peculiaridad etnográfica, sino en virtud del influjo de otras concausas, como son la cultura, la economía, la religión, la civilización, el gobierno. Así, vese entre los bárbaros predominar los delitos contra la vida, y entre los pueblos atrasados los delitos contra la propiedad. La constitución y el estado de salud de una persona influyen igualmente

sobre su índole; el temperamento bilioso lleva á la ira, el temperamento nervioso á la Venus, ciertas enfermedades avivan apetitos y estímulos particulares. Considerando el cerebro, no como un órgano simple, sino como un conjunto de varios órganos, los cuales tienen cada uno su asiento propio, dependiendo su energía de su particular desenvolvimiento, el sistema de Gall nos ofrecería un medio de conocer las inclinaciones de un hombre mediante el examen de la disposición de su cráneo. De este modo, el que tuviese desenvuelto de una manera predominante el órgano del heretismo se inclinaría á las pasiones amorosas, el que tuviera desarrollado el órgano del instinto de la lucha tendería al homicidio ....., y así los delitos se leerían en el cráneo como se leen en las rocas las edades geológicas. Pero esto es una exageración; la cranoscopia podrá ofrecer ciertos indicios de las condiciones mentales, y nada más, y á ello debe limitarse. Antes que considerar aquellos órganos y prominencias como causa eficiente de los vicios y de las virtudes, deben estimarse como efectos. Un mayor ó menor desenvolvimiento del cerebro sólo puede estimarse como causa general é indicio de cualidades y de defectos; su volumen puede influir é informar especialmente sobre el mayor ó menor grado de inteligencia.

Por lo demás, la frenología y la fisonomía, con

relación á las pruebas criminales, y especialmente á la prueba conjetural de la capacidad de delinquir, valen para la indicación de los afectos del ánimo ó de los hábitos. Antes de nosotros ya se habían fijado en estas cosas Aristóteles, Galeno, Alberto Magno, Porta y Lavater ..... la experiencia misma desde los más remotos tiempos había hecho notar el nexo entre el semblante y los modos exteriores del cuerpo humano y las cualidades del alma. Antiguas son las observaciones siniestras de los cabellos rubios, de los labios estrechos y sutiles, de la mirada oblícua, de la nariz hinchada, del cuello corto, de la voz ronca .....; indicios, por lo demás, vagos siempre y nunca más que probables: el libidinoso, el avaro, el mentiroso, el feroz, tienen sin duda á veces aspecto tal, que fácilmente se les reconoce; pero siempre es posible el engaño. ¡Cuántas veces la belleza, mármol sepulcral, no esconde bajo sus apariencias la idiotez, y cuántas otras no se oculta un alma gentil y grande bajo miembros miserables! Realmente los estudios fisionómicos son demasiado imperfectos é incompletos: las inducciones tienen que ser precipitadas y falaces. Lo bello es imagen de lo bueno; pero bajo las apariencias de la belleza puede latir la depravación. Para la buena marcha de las cosas criminales sería útil una atenta observación de los signos fisionómicos: los mismos gobiernos podrían fa-

vorecerla, imponerla; y una comisión seguirla con las cárceles por clínica y escuela: así de todo reo convicto, mediante detenidas inspecciones de hábiles investigadores, se podrían obtener datos interesantes, indicadores de la fisonomía propia del delito. También acaso sería dable alcanzar algún fruto de las indicaciones personales que los jueces redactan en los procesos para establecer la identidad, si aquéllas fuesen menos genéricas; recuerdo bien de qué manera, en mi corta carrera judicial, examinando á los acusados, me inclinaba á hacer semejante investigación de los crímenes; pero la suerte me quitó pronto el oficio del medio. Otros podrían seguir, si la magistratura se considerase como algo más que un oficio, y si los magistrados quisieran honrar á la ciencia y á la patria dedicando parte de su tiempo á estos estudios elevados. ¡Pero tantas cosas habría que hacer y tantas que decir .....! Obsérvase á menudo que los ladrones tienen los cabellos fuliginosos, los violentos una mirada torva, oscura ..... El fraude deja rastros visibles en el rostro; el arte del falsario no basta para vencer á la naturaleza; los tramposos llevan el sello del engaño en aquel fruncir de cejas y arrugar de la frente, que no debe confundirse con el que caracteriza las meditaciones de un déspota ó las lucubraciones de un sabio ..... Es, sin duda, admirable, aquella manera de pintar Guerrazzi la senil

y feroz lujuria en «la risa de víbora» que se advertía en la fisonomía de Francisco Cenzi.....

Pero ¿á qué seguir?: aunque los progresos de la ciencia fisonómica pudieran llevarnos á obtener mejores datos que al presente, nunca podría esperarse de sus investigaciones otra cosa que leves indicios, síntomas muy exteriores de los vicios morales, análogos á los de los vicios mentales, que el alienista señala en el semblante ó en el aspecto físico, en general, de un loco; indicios y síntomas cuyo valor dependería de la concurrencia de otros indicios y síntomas más vehementes. En tal sentido cabe decir, que el estudio ó conocimiento de la fisonomía, puede enderezarse á manifestar la índole criminosa; porque aun cuando no sepa precisar un delito, una culpa puede ofrecer datos tales que, unidos á otros, precisen á los ojos de los peritos, la índole, y con ella la inclinación á delinquir De este modo cabe formar una especie de psicología legal, á la manera que se ha formado ya una medicina y una química legales. En suma, sin pretender alcanzar nunca determinados extremos, puede aspirarse á que del examen y comparación de todas las cualidades físicas, se llegue á inducir si hay ó no ánimo criminoso, ó á lo menos, puede aspirarse á esto, reuniendo sus datos con los que proporciona el conocimiento de la vida anterior.

Aunque el indicio de la capacidad para delin-

quir haya tenido siempre un cierto valor en el sistema probatorio penal, generalmente se consigue aquél tan sólo, de ciertas relaciones ó notas personales caprichosamente recogidas en el pasado. Sin embargo, aun cuando me haya esforzado en este capítulo por enderezar la jurisprudencia penal hacia nuevos progresos, significando, ya que en otra cosa, la posibilidad de una ciencia de la fisonomía y de una psicología legales, no se debe considerar como nueva esta fuente de indicaciones. Gabriel enumeraba ya entre las presunciones vehementes del delito una fisonomía peculiar y la estructura del cráneo; he aquí, sobre todo, lo que nos dice el profesor Nani en el tratado *De los indicios*: «Es evidente que se puede explicar de un modo fácil, mediante signos clarísimos, el culto ingenio de los mortales y los afectos; tales signos están en todas las partes del cuerpo humano: en la palabra, en el gesto, en el porte y en otros á este tenor. Se debe, pues, examinar de qué manera está el hombre dotado por la naturaleza; si es sano ó imbécil, grande ó pequeño, bello ó deforme; además es preciso estudiar cuál sea su comportamiento, su conducta, si es justo, si es dado al engaño, si es ágil ó afeminado, pronto á la risa y á la broma, altivo, descompuesto, sosegado ó dotado de cierta codicia. De todas estas indicaciones pueden inducirse, en verdad, no escasos argumentos sobre

la avaricia, la ambición, la crueldad, la ira y la lujuria.»

No deben confundirse en los resultados del estudio de la fisonomía, aquellas dos distintas aplicaciones que de la misma se hacen, á saber: para la determinación de la índole, y para fijar ciertas huellas del delito y de las circunstancias que se investigan. A esta segunda aplicación se refiere el *Reglamento austriaco del procedimiento penal* cuando dice: «El hablar confuso ó intermitente, el balbucear, el llorar, sollozar, temblar, el cambio de color, el asustarse ó el miedo, pueden aumentar la verosimilitud de otros indicios antes subsistentes.» De estas circunstancias, como luego veremos (XVIII), no se obtiene más que una especie de confesión incompleta del delito. De otras se podrá inducir un influjo del delito mismo. El temblor convulsivo de los miembros y la agitación congestiva de la pupila, indican una violencia, así como el decaimiento y el desmayo, un exceso de lujuria. En general, quien no tiene el hábito de la culpa, después de un grave delito parece presa de la furia, y después de una falta leve siéntese avergonzado.

Ahora bien, según lo expuesto, la capacidad de delinquir (moralmente) se prueba mediante la índole criminosa, y ésta se infiere en virtud de la comprobación de vicios y delitos anteriores, y de la inducción de éstos de los caracteres físicos.

XIV

Del indicio del móvil para delinquir.

El hombre no se determina á realizar acción alguna sin un motivo: es este un principio inconcuso, el cual se manifiesta en todos los actos de la vida, sin exceptuar los que caen bajo el imperio de la justicia. Nadie viola las leyes naturales y civiles, nadie delinque sin una causa que lo determine; la existencia de un crimen gratuito es completamente absurda, digan lo que quieran antiguas y modernas sentencias. Así, cuando en una instrucción penal cualquiera, no fuese dable señalar el impulso criminoso, ya mediante pruebas, ya por presunciones, el delito no puede considerarse como averiguado.

En rigor, si para toda acción, por leve que sea, existe siempre un motivo impelente, este será doblemente necesario cuando aquélla sea un delito, ya que no se trata de decidirse entre dos cosas lícitas, sino entre una lícita y otra ilícita que implica un castigo moral, religioso y penal, por lo cual sin duda debe existir una razón predominante que incline el ánimo á acometerla, á pesar de todo. Esta razón predominante es lo que se llama el *móvil para delinquir*; el cual, como es una condición esencial de todo delito, es de necesaria comproba-

ción, ya por medio de verdaderas pruebas, ya por simples presunciones. El hombre, pues, delinque cuando tiene un interés, y no delinque cuando no lo tiene: tal es el móvil general de toda acción humana. Sin embargo, no debe entenderse esta palabra en un sentido restringido, sino en un sentido amplio, que comprenda los casos en que aquél pueda ser, ya directo, ya indirecto, bueno ó malo, moral ó material. Por otra parte, semejante interés es positivo cuando implica un verdadero beneficio, y negativo cuando evita un daño.

Todo delito tiene un móvil particular, y á veces varios; si uno roba el vestido á un tercero, puede obrar movido ó por la necesidad ó por la codicia; si lo mata, puede moverle ó el odio ó el miedo á una delación. He ahí ya cuatro móviles: si el sujeto no estuviera necesitado ó codicioso, no hubiera robado, como no hubiera matado si hubiera estado libre de odio y de miedo. A la verdad, en el supuesto de que aquél fuese amigo del ofendido, rico y generoso, nadie creería que le había robado y matado con ánimo criminal.

El móvil puede considerarse bajo dos aspectos: *externo*, y entonces es el suceso, la causa, el accidente, que impulsan el ánimo; é *interno*, siendo entonces el afecto mismo del ánimo que impulsa al delito; hay, pues, móviles más ó menos especiales, más ó menos próximos y más ó me-

nos fuertes. La *necesidad*, por ejemplo, es un móvil para todo delito que pueda satisfacerla (y son casi todos) directa ó indirectamente, desde una simple infidelidad hasta un homicidio por dinero: la vergüenza por el honor ultrajado no se presenta en cambio más que en el duelo. La *codicia* puede dar origen á toda clase de delitos contra quien quiera que pueda dar lugar á un lucro; no ocurre lo mismo con el *odio* á una persona dada, pues no puede determinar actos criminosos, sino contra esta misma persona ó las personas y cosas á ella afectas; un arrebato pasajero provoca menos un homicidio que una *injuria* grave.

Debe advertirse también que un delito puede tener, ya un móvil, ya otro. El homicidio puede ocurrir, ó por *venganza* ó por *temor* ó por *lucro*; el mismo estupro puede ocurrir por afrenta ó por lujuria. Por esto, cuando se acusa á uno de un delito, es preciso examinar por qué razón ha sido cometido, y sobre todo en qué condiciones estaba el acusado y qué relaciones mantenía con el ofendido. Si, por ejemplo, se trata de un duelo, es preciso saber si había sido injuriado; si de un hurto, si estaba necesitado, y así en los demás casos; á veces, sin embargo, la razón se conoce antes del suceso; otras, éste la pone de manifiesto; otras, á falta de prueba, se presume, y entonces puede iniciarse una contraprueba para negarla.

Así no consta por pruebas que un individuo estuviera necesitado ni que fuese codicioso; pero si consta el hurto, cabe presumir una de ambas cosas, á no ser que se demostrase que era rico y generoso, en cuyo caso se podría creer en un hurto fingido ó en una simple broma. Claro es que cuando el móvil no se presume por la naturaleza misma del hecho, se induce merced á pruebas directas ó indirectas de los sucesos y afectos que lo originan: el amor, la utilidad, la enemistad, las ofensas, los peligros, etc., etc.

Podría objetarse que hay delitos que parecen no tener un móvil, tales como, por ejemplo, los de la lujuria; pero en este caso, ¿no es un móvil el mismo apetito carnal? También hay otros delitos que no tienen móvil, ó lo tienen desmedido; pero en tal caso no se trata de delitos, sino de actos no imputables, que deben considerarse como de locos. Si uno mata á otro sólo porque no le ha saludado, es que su mente está perturbada, y con mayor razón si no hubiera habido ningún pretexto. Por esto, aun cuando la falta de investigación y de apreciación del defecto de móvil criminoso, lleva á muchos inocentes al patíbulo, sin embargo, es preciso tener en cuenta que no conviene precipitarse y considerar que el móvil falte sólo porque no se revela fácilmente ó porque parezca inadecuado. Hay hombres tan perversos,

que obran mal por una simple voluptuosidad de atormentar, que después de todo constituye su verdadero móvil.

Prescindo de los estragos de Tiberio y de Nerón y consortes, para fijarme tan sólo en el caso de un Antonio Leger, el cual, sin razón aparente de ninguna clase, degolló á una niña, la estupró semiviva, bebió su sangre y comió sus miembros palpitantes. Semejante nefando suplicio parece gratuito á quien indaga las acciones humanas según los cálculos del dinero que reportan. Sin duda Leger no sentía odio contra su víctima ni podía esperar lucro alguno de su crimen; pero ¡qué importa!: ¿son acaso la ira y la codicia los únicos móviles de las humanas acciones? ¿No hay muchas más pasiones condenables? La ferocidad y la monstruosa lujuria, pasiones tan afines, ¿no bastan por sí solas de un modo suficiente para explicar lo hecho por Leger? Hubiera podido estar loco; pero la presunción de lucidez no fué contradicha por la prueba, por lo que hubo de prevalecer. Sin embargo, siempre que ocurran semejantes manifestaciones monstruosas de la bestia humana (cuando el ánimo del juez oscile entre la persuasión de la salud y la de la locura), es preciso dirigirse á peritos alienistas, los cuales decidirán si el acusado obró conscientemente al realizar el delito (XXXIX).

XV

Del indicio de la oportunidad para delinquir.

Debemos hablar ahora del tercer indicio moral, á saber: de la oportunidad para delinquir. Entiéndese por esta *la condición especial en que el acusado se encontraba, ya por sus cualidades personales, ya por sus relaciones con las cosas, y merced á la cual resulta para él más ó menos fácil la perpetración del delito.* Éste, como los otros dos indicios, de la capacidad y del móvil, puede ser más ó menos especial, más ó menos próximo, y más ó menos fuerte. Ante todo, la oportunidad para delinquir se resuelve, ya en una mera posibilidad, ya en una especial facilidad. A veces implica una fuerza probatoria de tal naturaleza la oportunidad, que puede llegar á ser por sí sola indicio necesario de culpabilidad; por ejemplo, cuando consta que sólo la persona indicada pudo haber cometido el delito. Puede esto ocurrir en el caso en que un delito se cometiere en una habitación ó en el templo, en que estuviere sola una determinada persona antes y después, resultando absolutamente necesario, dado el delito, que dicha persona lo haya cometido.

La oportunidad para delinquir refiérese, según queda dicho, ya á las cualidades personales del

acusado, ya á las relaciones en que éste se encontraba con las cosas, toda vez que las acciones criminales, como todas las demás acciones, se verifican con ciertos medios. Estos medios son la inteligencia, la fuerza, la pericia, el conocimiento, el uso de cosas ó de las obras ajenas, resultando claro que algunos de estos medios son propios del acusado y otros no.

Figura en primer término la oportunidad para delinquir, que pudiera llamarse personal; esto es, que proviene de lcs conocimientos y de las posibilidades de la persona. Robar, por sí solo, es un acto fácil que no exige peculiar destreza ni fuerza, por lo que es posible á todos; pero si va acompañado de violencias, ya no es posible más que á algunos; y si fuere unido al escalamiento en una forma ingeniosa, sólo es posible á pocos. Ciertos delitos, pues, son posibles á casi todas las personas, otros no; á medida que la posibilidad se restringe á menor número, el indicio de la oportunidad personal se determina cada vez más. He aquí algunos ejemplos: no puede perpetrarse una violencia, sino por uno que es fuerte; un estupro, sino por quien es capaz del coito; una trampa, por un astuto; una injuria, mediante libelo, por quien sabe escribir; una injuria, mediante imágenes, por un dibujante; una falsificación de monedas, por un grabador; un delito de imprenta, por una persona

ilustrada.....; y de esta suerte, las clases de los capaces, física é intelectualmente, disminuyen hasta que se llega á ciertas acciones que no pueden ser cometidas más que por poquísimas personas, y acaso acaso por una sola; como en el caso de la destrucción del templo de los filisteos, que no podía realizarse por obra humana á no ser por la de Sansón. Análoga á ésta podrían citarse obras literarias y artísticas, criminosas; de que no pueden ser autores sino tal literato y tal artista. Supongamos el caso de una peculiar pericia, de un secreto propio de una sola persona; es fácil comprender que sólo ella podría cometer un delito dado, lo cual puede fácilmente ocurrir en la falsificación de papel moneda y de efectos bancarios.

Este indicio de la oportunidad personal, ó sea de la capacidad intelectual y física, puede resultar de pruebas reales y personales, directas é indirectas, y de presunciones: como cuando se considera á un joven capaz del comercio carnal, á un farmacéutico de la confección de un veneno, á un cerrajero de la fabricación de llaves falsas. Debe advertirse también que la oportunidad al igual que el móvil, no sólo es un indicio, sino también una condición del delito; por lo que no puede prescindirse de ella, sino que es preciso siempre probarla ó presumirla.

Es evidente de qué modo los indicios complejos por mí enumerados, comprenden otros muchos; así el de la oportunidad para delinquir, que pudiéramos llamar *real*, comprende los indicios y subindicios de la proximidad y presencia en el lugar, del conocimiento de ciertas circunstancias, de la posesión de medios adecuados para perpetrar el delito, cada uno de los cuales puede á su vez revelarse por otros.

Hay hurtos que inmediatamente que se descubren se ve que son *domésticos;* ahora bien, la persona que los ha cometido necesitaba tener conocimientos tales que sólo puede poseer una persona de la casa. Por ejemplo, un comerciante suele ocultar la bolsa con el dinero en cierto lugar del mostrador, del cual sólo tiene noticia su único dependiente; sin duda que la casualidad, ó este mismo, pueden haber indicado aquel sitio á un tercero ó á terceros; pero en cuanto se descubriera la sustración de la bolsa, ¿no habría un indicio vehemente en contra del dependiente? Surge aquí, pues, en virtud del conocimiento, un argumento relativo á la oportunidad de delinquir, no personal, como al pronto parece, porque no se deriva de la capacidad intelectual de la persona, sino de las relaciones en que ésta estaba con la cosa, ó más definidamente, del conocimiento de las circunstancias reales. Pudiéramos decir que se trata

de una oportunidad moral y real, á diferencia de la material, que consiste en la facilidad de perpetrar el delito por estar cerca del lugar á la ocasión y por tener los medios adecuados.

La oportunidad real y material para perpetrar el delito, puede ser también de varios grados, y por tanto, tener valor distinto como indicio. Puede, como ya he dicho, llegar á ser indicio necesario de la perpetración, cuando se ha probado que en el lugar y en el momento de la misma no estaba ni podía estar otro que el acusado. Mas no por esto se dirá que semejante indicio por sí solo prueba el delito, porque no indica más que el autor del hecho material del mismo en el supuesto de que se tenga ya la prueba objetiva. Ni tampoco podrá decirse que se ha cometido de tal manera dada (por cuanto puede resultar probado lo contrario, como en el caso de que el acusado fuese incapaz de perpetrarlo, ó constase como autor un tercero): porque no se ha podido en modo alguno producir tal evento, tal absurdo. Partiendo de las premisas según las cuales mientras se había perpetrado el delito el acusado era el único que se hallaba en el lugar de la perpetración, tuvo que ser éste capaz necesariamente y no pudo ser delincuente un tercero.

Ahora bien: de este evidentísimo indicio de oportunidad se puede descender por grados hasta lle-

gar á aquella posibilidad común á casi todos los hombres de obrar contra la ley de una ú otra manera. Robar en la vía pública es fácil á todos; en una casa es fácil especialmente á un criado; en un sitio secreto, á un confidente...; para un aborto se exige una poción, para un herido un puñal, para un envenenamiento un tóxico...; quien tiene estos medios puede ser indicado más especialmente como reo. Mas no debe olvidarse que la presencia en el lugar y la posesión de instrumentos relativos al crimen cometido, pueden ser considerados bajo dos aspectos, formando así dos clases de indicios: unas veces valen como indicaciones de facultades para delinquir, y otras (XVIII) como indicios del delito cometido.

XVI

Del indicio de las huellas materiales del delito.

Los tres indicios hasta ahora señalados se refieren, por decirlo así, al delito en potencia, y los tres de que ahora vamos á hablar (incluso el presente) refiérense al delito en acto; aquéllos hacen inducir el delito de la existencia de los tres elementos que le dan vida (capacidad, móvil, oportunidad); éstos lo hacen inducir de las diferentes manifestaciones que del delito pueden darse en el autor mismo, en los terceros ó en las cosas. En el primer caso,

de la causa indúcese el efecto: en el segundo, del efecto se va á la causa. En otros términos: en el primer caso se dice: dados los extremos de donde el delito surge, éste debe acaecer; y en el segundo se dice: dadas tales ó cuales manifestaciones personales ó reales, el delito debió de verificarse, puesto que entre causa y efecto hay una concatenación necesaria. Ahora bien; porque yo afirme que el indicio es un efecto del cual se infiere una causa, no se me debe acusar de contradicción, recordando que al tratar de los tres indicios morales ya examinados considero el indicio como una causa. El indicio es siempre, á pesar de todo, un efecto con relación al que juzga, esto es, subjetivamente, porque de él, como de lo conocido á lo desconocido, infiérese la causa; ahora, objetivamente puede ser causa y efecto.

Toda prueba, además, bajo cierto aspecto, es un indicio en cuanto es la huella personal ó real del delito; es un hecho conocido (testimonio, por ejemplo), de donde se induce uno desconocido (delito); sin embargo, en un sentido restringido y más común, se llama indicio al hecho que no se revela al juez, como existe y ocurre, por testimonios, por documentos..., sino que se induce por él. Las circunstancias, pues, sobre que recae el juicio, unas son reveladas y otras inducidas de otras circunstancias reveladas. La prueba real suministra tam-

bién al juez dos clases de circunstancias directas ó indirectas, ó, lo que es lo mismo, circunstancias sobre que recae al juicio y circunstancias que manifiestan otras sobre las cuales aquél también recae.

Tratamos aquí de estas últimas, ó sea de la prueba real de indicios; pero debe advertirse ante todo que si por prueba de indicios se entendiese toda prueba, en tanto que no revela por sí sola todo el delito, la prueba real debería ser siempre prueba de indicios al modo que las testimoniales, y así es como la consideraba Bentham. Mas si se reflexiona que muchas veces se tiene una comprobación directa de circunstancias por y mediante ella, resultará claro que la prueba real, circunstancial siempre, es ó directa ó indirecta.

El hallazgo de un cadáver comprueba la muerte de un hombre; si éste está herido, compruébanse las lesiones; si después se descubre que aquellas heridas fueron producidas en cuerpo vivo y eran absolutamente mortales, resultará que la muerte aquella fué causada por aquellas lesiones, demostrándose de esta manera el hecho y modo de la muerte. En el primer caso se tiene una prueba de la muerte y de las lesiones directamente, porque los hechos que constituyen el objeto del juicio se presentan en su realidad tal cual son; en el segundo caso, el hecho de matar no se revela al pronto,

no lo percibimos como el cadáver y las heridas, sino que lo inducimos de que, habiendo sido heridas vísceras sanísimas, era inevitable la muerte. Respecto de aquel cadáver, pueden además significarse tales circunstancias, que se obtenga la prueba indirecta, no sólo de haber sido muerto, sino del homicidio y del homicida. Supongamos que las manchas de sangre guíen á la habitación de un hombre y que se encuentre á éste con un instrumento ensangrentado, que sea precisamente aquel con que se hirió á la víctima y con magulladuras que indiquen los esfuerzos hechos por el acometido cuando el ataque, esfuerzos comprobados también de otro modo; á falta de otras circuns tancias contradictorias y en presencia de los tres extremos que indican el delito, ¿quién no conside rará á aquel hombre como homicida, aun cuando no lo confiese y aun cuando no haya un testimonio especial del consumado homicidio? Ahora bien, todas estas circunstancias; manchas de sangre, instrumento ensangrentado en posesión del agente, magulladuras..., unidas, hacen inducir la delincuencia.

El delito, la mayoría de las veces, deja detrás de sí vestigios en las cosas, aun cuando el delito no sea por su naturaleza hecho permanente (XXIX, XXXI). Estos vestigios redúcense á un cambio realizado en las cosas, ya modificándolas, ya movién-

dolas. Estas modificaciones y movimientos pueden indicar que un delito se ha realizado, ó que una persona dada es reo.

Ocurre esto primeramente cuando existen en una persona rastros del delito. En los delitos de sangre, de violencia, de lujuria en el ofendido y á veces en el ofensor, quedan ciertos rastros, tales, como mutilaciones, heridas, contusiones, laceraciones y hasta enfermedades (como en el caso del estupro, la sífilis). Tales rastros pueden también presentarse en otros delitos por causas accesorias (como puede ocurrir en una resistencia), ó completamente fortuitas (como á causa de un tropezón, de una caída ú otras por el estilo).

A veces los rastros del delito existen en una cosa, teniendo en cuenta que en materia de pruebas criminales, es cosa también el cadáver de un hombre. Las falsificaciones en una moneda, en un documento, las demoliciones, los desmontes, las roturas, las combustiones..., son todos rastros del delito en las cosas También lo son las huellas del mismo en el propio vestido, como roturas y manchas de sangre.

Para la imputación personal es clásico el indicio de la posesión de cosas que tienen relación con el delito, tales como los instrumentos con que fué cometido y los objetos dejados sobre el lugar del mismo ó recogidos en él. Pueden citarse la pose-

sión, mejor, la detención de armas, venenos, sustancias abortivas, narcóticos, ganzúas, documentos ó grabados criminosos, vestidos robados, frutos del delito, y aunque sea de cosas inocentes en sí mismas, pero que adquieren importancia por haberse encontrado en el lugar donde el delito hubiere sido cometido. La posesión, en general, de medios criminosos es un famoso y antiguo indicio, de tal suerte, que en los comienzos del arte probatorio se consideró casi como un equivalente de la comprobación del hecho. Realmente tal posesión implica, respecto de la persona, una presunción bastante desfavorable; en efecto, eliminadas todas las hipótesis que puedan justificar la posesión indicada, puede llegarse á afirmar una necesidad moral de que dicha persona sea reo. Es preciso, además, distinguir entre la identidad y la semejanza del medio, y pensar que aquélla raramente puede presentarse. Ahora bien, la semejanza, que es lo más común y que vale tanto como probabilidad, debe apreciarse con arreglo á lo que diremos en el capítulo de las pruebas imperfectas (XXXVII).

Prescindo también de hablar ahora de los documentos, porque se hablará de ellos (XXXIV, XXXVI), considerándolos como lo que son, esto es, especialmente como pruebas directas, y además bajo un cierto aspecto testimonial. Unica-

mente debo aducir aquí la naturaleza y la fuerza del convencimiento que surge de todas estas huellas materiales del delito. Las inducciones particulares que de éstas se pueden inferir, algunas son necesarias (como la de la muerte de un cadáver), otras simplemente probables, por lo que necesitan de otros indicios de la misma ó de diversa especie y de circunstancias directas ó de presunciones, á fin de que, mediante su concurso, se pueda hacer una inducción también necesaria. Se debe advertir, que si en los dichos humanos cabe la mentira, ésta puede presentarse también como falsificación, en las mismas huellas de carácter real, siendo entonces preciso eliminarla. Supongamos un cadáver pendiente de un lazo: ¿fué muerto por otro, ó bien se trata de un suicidio por ahorcamiento? Problema es éste que los peritos deben decidir. Si no encuentran los síntomas de la muerte por ahorcamiento, tales como luxación de las vértebras cervicales, priapismo, equimosis, señales en el cuello, rotura de las membranas de la carótida, hinchazón de la cara..., la falsificación será evidente; la muerte habrá sido de cualquier manera menos de aquella que la primera apariencia indicaba. Pero supongamos que existieran los síntomas á que nos referimos; entonces ya sería más díficil averiguar si se trataba de un suicidio ó de un homicidio. Sin embargo, si se demostrase que

la estancia en que se encontraba estaba completamente cerrada, y si cerca del cadáver se vieran una silla, un banco ó cualquier otro medio adecuado para lanzarse, se tendría la prueba indudable del suicidio. Acerca de este punto hablaremos más detenidamente en los capítulos de la prueba real y pericial (XXIX, XXXIII).

Diremos ahora breves palabras acerca de aquellas circunstancias de hecho que se infieren de otras semejantes, y que son verdaderos indicios, pues en un cierto sentido son vestigios ó rastros del delito todos aquellos hechos, que aunque no lo constituyan, lo implican. Sería imposible, y además de imposible inútil, recordarlos todos; son tantos cuantos son los hechos contingentes; bastará una ligera indicación. Si examinamos todo lo real conocido, observaremos que no todo ha sido comprobado por nosotros directamente, sino simplemente razonado. El raciocinio llena las lagunas de la comprobación personal, induciendo nuevos hechos de los hechos ya conocidos. Esto que es general en todas las esferas del conocimiento es aplicable naturalmente al procedimiento criminal. No siempre, aunque se trate de simples hechos materiales, pueden los testigos dar á conocer todas sus particularidades; pero en ese caso cabe razonarlas. Cayo vió á Mevio arrojarse con su puñal sobre Sempronio, pero atemorizado, huyó; por

su parte Ticio vió este último tendido con el puñal de Mevio clavado en el pecho; ni uno ni otro de los dos testigos vieron morir á Sempronio á manos de Mevio; más ¿cómo no inducirlo del hecho precedente y del consiguiente comprobados? ¿Qué posibilidades en contrario existen que deban eliminarlo? ¿Acaso que un tercero desconocido haya introducido un puñal en el pecho de Sempronio ó que éste se haya suicidado con él? ¿Puede admitirse que Sempronio haya muerto, independientemente de la herida, por su propia enfermedad?... Nuevos indicios y pruebas pueden rechazar estos supuestos, que por otra parte pueden considerarse inadmisibles, como contrarios al orden natural de las cosas. La material perpetración del hurto, por ejemplo, no se comprueba sino muy pocas veces; pero la práctica considera probado el hecho en general, si consta antes por la subsistencia y después por la falta de la cosa robada.

Expuestas estas indicaciones acerca de la comprobación de los hechos, en virtud de las inducciones de otros hechos ó de las huellas materiales, pasemos ahora á hablar de la comprobación de los mismos, merced á las manifestaciones propias del reo.

XVII

Del indicio de las manifestaciones anteriores al delito.

Es bastante difícil que una cosa permanezca oculta, sobre todo cuando se trata de algo grave; todo acto tiene sus precedentes y sus consiguientes por los cuales ó se presiente ó bien se infiere. El instinto de la muchedumbre suele descubrirlo pronto, y aun cuando de esto no se cuide el autor mismo, él es quien se vende no pocas veces.

«Miser chi mal oprando si confida
Ch'ognor star debbia il maleficio occulto;
Che, quando ogn'altro taccia intorno grida
L'aria e la terra stessa in ch'é sepulto:
E Dio fa spesso ch'il peccato guida
Il pecator poi ch'alcun di gli ha indulto;
Che sé medesmo, senza altrui richiesta
Inavvedutamente manifesta.»

Llamo, como se ve, al divino Ariosto para que nos dé alguna lección sobre la prueba judicial; cosa ésta que, después de todo, no debiera parecer extraña, pues la jurisprudencia nunca desdeñó la poesía; afirmar otra cosa, como se pretende por ciertos leguleyos de hoy, sería negar que Moisés, Manú, Solom, Mahoma, fueron poetas, é ignorar que las antiguas leyes se redactaron en verso; esto

aparte de que los mismos jurisconsultos romanos no la rechazan, llegando Justiniano á intercalar en una de sus Constituciones trozos de poemas. Ahora bien, la octava de Ariosto, refiérese brevemente á los indicios, tanto de las huellas como de las manifestaciones del reo; son éstas, en efecto, principios de conocimiento cuando faltan otros más directos testimonios.

Es preciso no confundir las manifestaciones judiciales del reo con las extrajudiciales: aquéllas constituyen un verdadero testimonio (cuando son legítimas) y una prueba extrínseca; éstas no son más que indicios intrínsecos del delito. Las *manifestaciones* se dividen en *anteriores* ó *posteriores* á éste, siendo las primeras directas ó indirectas y estas últimas verbales ó reales.

La manifestación directa en uno, y verbal, respecto del delito (que pudiera llamarse *promesa,* si esta palabra no implicase la idea de un bien antes que la de un mal futuro), es la aseveración mediante palabras (vocal, gráfica ó mímica) de una persona que va á cometer un delito: como se ve, viene á ser una confesión previa del mismo. Es raro que quien se propone delinquir exponga desde luego su intención; antes bien, de tal manifestación podrá inducirse lo contrario, ya que está en su interés el callarse por dos motivos poderosísimos (facilidad en el delito y evitar la pena). Puede, sin

embargo, acaecer lo siguiente: que la futura víctima tenga conocimiento del delito en virtud de aviso del delincuente, ó bien por los correos, los cuales pueden advertirle, por ejemplo, mediante carta, que un día dado se pondrá en ejecución el concierto, ó bien por los cómplices, los confidentes... El primer caso constituye la amenaza criminosa, la cual puede ser una manifestación directa, ó aunque sea indirecta, según que se refiera á un crimen determinado ó algunas circunstancias, ó una ofensa genérica. Si una persona que antes hubiere sido injuriada por otra le jurara venganza sangrienta, y posteriormente aquélla resultase muerta, tendríamos una directa y verbal manifestación del crimen. Lo mismo ocurriría en el supuesto de que un mandante ó un mandatario revelaran la proposición ó aceptación de mandatos criminosos recibidos.

Las más frecuentes, sin embargo, son las manifestaciones indirectas, ó presuntas, ó tácitas, ó como quiera decirse, las cuales resultan de los dichos y hechos del acusado, que denuncian más ó menos claramente el delito. Ocurre esto en el caso de *a meazas* de perjuicios (con palabras, signos ó gestos) no determinados en la cualidad ni con relación al tiempo, ó bien hechas de una menera vaga; ocurre también con los *consejos* buscados, las instrucciones dadas para cometer el delito, los

diálogos, encuentros y *relaciones* íntimas con los reos ya confesos ó convictos, con los *preparativos* y los planes y demostraciones, y, finalmente, con todos aquellos actos que, siendo en sí indiferentes, tienen sin embargo conexión con el delito ulteriormente realizado. Daremos varios ejemplos de todos estos diferentes casos. Consta que un individuo pintó con tinta roja una cruz en la puerta de la casa del muerto, ó bien que ha dicho que se las pagaría dentro de tanto tiempo, ó bien que había prometido acabar con él, con su vida...; tales son las amenazas criminosas. Otro se informó dónde guardaba su dinero el robado, ó preguntó á un químico acerca de la eficacia de una sustancia suministrada después al envenenado...; son estos consejos criminosos. Un tercero era de la cuadrilla misma de aquellos que asesinaron á Fulano; al de más allá, antes del asesinato, se le vió en tratos sospechosos con ellos...; tales son los encuentros criminosos. Un cuarto fué sorprendido antes del homicidio en ejercicios de puñal, aguzando éste, etc.; tales son los prepartivos criminosos. Por último, un quinto, antes del delito, se disfraza, se pone un vestido que no suele usar...; todas estas son señales indicadoras del crimen.

La presencia en el lugar en el momento del delito, que antes se apreció como indicio de la facilidad para delinquir cuando ocurre antes del delito,

puede valer también como manifestación anterior al mismo, y si ocurre después, como subsiguiente aunque, á decir verdad, su significado propio es el de indicio relativo á la facilidad.

No hace falta repetir que estos indicios, sacados de las manifestaciones anteriores del delito, pueden ser también más ó menos fuertes, más ó menos especiales y más ó menos próximos. Las manifestaciones pueden constar de una ó de varias maneras; en todos esos casos no pueden ser indicio necesario del delito, sino tan sólo de una de sus circunstancias, y especialmente del elemento moral. La manifestación anterior vale menos que la posterior, porque ésta sólo puede ser viciada por la posibilidad de voluntaria ó involuntaria equivocación en quien la hace, mientras que respecto de la otra cabe también la posibilidad del voluntario ó involuntario desistimiento del hecho; ¡cuántos delitos se quedan en el estado de simples amenazas! En realidad es lo más frecuente.

XVIII
Del indicio de las manifestaciones posteriores al delito.

Cuando hablemos de las pruebas externas (XXI, XXVI y XXVII) demostraremos de qué modo las desposiciones testificales pueden provenir, ya de parte del reo, ya de parte de los terceros, no obs-

tante lo cual se regulan de un modo análogo. En rigor, no vale en la prueba criminal una simple confesión formal ó una voluntaria admisión de la acusación; se necesita una narración circunstanciada y justificada del hecho sea punible ó no.

Pero la confesión puede contemplarse bajo dos aspectos: externo é interno; en este último caso, la confesión vale como indicio. No se trata de una simple relación de hechos imputables ó no, sino de una declaración de criminalidad. La confesión criminal se estima á veces como la confesión tomada en el sentido antiguo, esto es, análoga á la civil; no se mira entonces si es ó no conforme á la realidad por la voluntad ó la creencia de quien la hace, sino que se considera como un voluntario desistimiento en la causa, como un darse por vencido. Así ocurre que en el proceso acusatorio, tomado como el civil, cual contienda entre un actor y un demandado, dicha confesión, nuda y formal, en opinión de algunos debería bastar para la condena, toda vez que el acusado mismo ha dado la razón al acusador. Por mi parte ya he advertido (I) que es indiferente la diversidad de los ritos procesales cuando se trata de la esencia del sistema probatorio; la acusación y la inquisición tienden igualmente al descubrimiento de una verdad real, no de una convencional, como puede ocurrir en el procedimiento civil; por tanto, la confesión

externamente, sólo tiene valor en cuanto reune los mismos requisitos de toda desposición testimonial como tal. Por lo demás, la confesión apréciase aquí internamente como indicio, pues aunque sea raro que un inocente quiera declararse reo, sin embargo, puede ocurrir lo contrario, ya por jactancia, ya por temor, ó bien por una torcida manera de interpretar el propio interés.

La presunción, cuando se induce el delito de la confesión extrajudicial (que es á lo que se reducen las *manifestaciones posteriores* al mismo), consiste en lo siguiente: que debe darse crédito al aserto de todo hombre siempre que éste no tenga un contrario interés en mentir, y que por lo común un reo está interesado en no descubrirse. Ahora bien, las manifestaciones posteriores al delito, así como las anteriores, pueden ser expresas y explícitas ó implícitas y tácitas; en este segundo caso necesitan inferirse de actos ó dichos correspondientes. Una verdadera confesión extrajudicial es aquella por virtud de la que un individuo declara de palabra, por escrito y aunque sea con signos, haber cometido un delito, ante un particular, ó bien ante un funcionario público. Puede decirse de ella también lo que de la judicial, puesto que mientras la confesión es nuda y formal, sólo es un interno indicio de criminalidad y nunca una prueba externa, como lo es la confesión circunstanciada justifica-

da, esencial y verdaderamente legítima. Semejante indicio puede constar inmediatamente ante el Tribunal merced al acusado, ó mediatamente gracias á terceras personas ó á documentos. Los motivos que la explican son los siguientes: para descargo, para merecer el premio, por jactancia, en espera de perdón, por arrepentimiento, por miedo, por atracción irresistible de la verdad y también por seducciones, y aunque sea por instintiva é inocente locuacidad. Puede ocurrir el caso, que de contínuo se observa en la vida ordinaria, de que una persona, la cual no estaba dispuesta de ningún modo á manifestar su interior, contra su voluntad y casi sin darse cuenta lo manifieste, trastornada por la fuerza del discurso, por las preguntas, por la falta de serenidad; y ¡ay de ella en cuanto comienza á contradecirse! Se aturde poco á poco, olvida la decidida reserva, hasta que al fin, haciéndose traición á sí misma, declara cuanto pensaba callar.

Las manifestaciones posteriores, en dichos y en actos, equivalen á una confesión extrajudicial del hecho, no pudiendo interpretarse de otro modo. Realízanse de varios modos, y son:

I. Declaración de haber cometido una acción reprobada en general, ó ciertos actos que constituyen circunstancias del delito.

II. Deposición falsa.

III. Silencio ó impotencia para justificar y negar la inculpación.

IV. Fuga.

V. Ocultación y rebeldía.

VI. Supresión de las huellas materiales del delito.

VII. Transacción con la víctima.

VIII. Soborno de testigos y magistrados.

IX. Remordimiento.

X. Cambio súbito de situación económica.

XI. Presencia en el lugar después de cometido el delito.

XII. Prosecución de actos referentes al delito mismo.

Ahora bien: de todos estos subindicios, de los cuales emerge el indicio de las manifestaciones del delito, el primero ocurre cuando el reo no manifiesta el delito cometido y no dice, por ejemplo: he robado, he matado á Fulano; si no me la ha pagado, me he vengado (*ofensa en general*); ó bien: fuí de noche en casa de Fulano; he comprado un puñal (*actos que constituyen circunstancias del delito*). En este caso se tiene la manifestación, no del delito, sino de circunstancias del mismo ó de indicaciones más ó menos vagas; para que la confesión tácita ó parcial equivalga á la

explícita y completa, conviene acudir al auxilio de otras circunstancias ó presunciones. Por ejemplo, si un homicida dijese á uno que se ha vengado, á otro que había comprado el veneno, á un tercero que había hecho callar á su enemigo... El conjunto de todas estas declaraciones equivaldría á la de haber cometido el homicidio. Esta manera de manifestaciones vale, sobre todo, cuando las manifestaciones se refieren á actos y cosas, que aseverados ya, no podían haberse sabido sino por el autor mismo del delito. Verdad es que pudo saberlos antes de otros; pero quien los manifiesta, ¿por qué razón habrá de decir que ha hecho ó visto por sí mismo lo que otro le ha referido? Aparte de que á veces puede rechazarse semejante relación: verbigracia, en el caso de que quien manifieste las circunstancias del delito hubiere estado en la imposibilidad de saberlo de otro modo, que por su misma acción, dando así margen en virtud de tal conocimiento, no sólo á un subindicio necesario de la confesión, sino también hasta á un indicio necesario de la material ejecución del delito. Supongamos una mujer que hubiere ocultado á todos un vicio orgánico de sus partes genitales: si, realizado un estupro, fuese sorprendido un individuo, no infraganti, sino inmediatamente después (de suerte que no quepa comunicación con un tercero, posible autor del delito), y tal individuo revelase aque-

lla circunstancia, y además refiriese la particularidad de una conversación habida, y aquélla y ésta fuesen ciertas, con todo ello se constituiría una verdadera confesión del estupro cometido. Realmente, ni el defecto del órgano sexual, ni la conversación podían ser conocidos más que por el agente y la paciente del estupro; ahora bien, rechazado el supuesto de que ésta hablase con otro, rechazado también el supuesto de una oportunidad en la cual el manifestante lo hubiera sabido de otro modo, que no fuera el de su participación misma, se impone la necesidad de ésta.

En virtud del principio según el cual nadie se separa de la verdad á no ser por un interés contrario y suficiente, debe afirmarse que quien declara una cosa manifiestamente falsa, es que tiene un motivo que á ello le impulsa. Si esto ocurre en los casos comunes y extrajudiciales, donde la mentira se disculpa fácilmente, más debe ocurrir en los casos graves y judiciales. En el juicio, la solemnidad ritual y la amenaza de una pena al falso testimonio, advierten al declarante la necesidad de no mentir; es preciso entonces, que el motivo sea tan fuerte, que supere al obstáculo que significan aquella solemnidad y aquella amenaza, unidas á la tendencia natural é interior hacia la verdad. Por tanto, pues, quien depone en *falso en juicio*, va movido por graves intereses; y éstos, en el

caso en que las deposiciones sean de descargo, se reducen á salvarse á sí propio, ó á los suyos, ó á aquellos que le hubiesen corrompido, de la infamia y de la pena. Si se prescinde por el momento de justificaciones falsas en favor de terceros, quedando en pie el propio interés, resultará un indicio necesario y moral, según el que, cuando uno depone en juicio lo contrario á lo verdadero, es que lo verdadero le es desfavorable Por otra parte, en el supuesto de que lo desfavorable aquí, no puede consistir más que en la condena consiguiente, infiérese que las falsas justificaciones de que se trata, equivalen á declaraciones negativas de la culpabilidad. Sin embargo, para no dar excesiva fe á esta clase de indicios, conviene señalar dos inconvenientes posibles: cabe creer que el deponente se equivoque, no sólo en cuanto al hecho (como en toda deposición), sino en el juicio del daño que la verdad declarada ha de producirle; así puede declarar en falso por una mala inteligencia, por miedo ó por una mal entendida defensa. Lo cual, después de todo, ocurre, especialmente cuando la justicia se administra de modo que el inocente tiene tanto que temer como el reo mismo; entonces, la gente pacata y dominada por el temor de un castigo terrible, suele encerrarse en la más absoluta de las negativas.

Todo esto debilita el indicio del *silencio* y de la

impotencia para negar la acusación. «Quien calla otorga»; pero ¿cuántas veces se calla, bien por no creer necesario hablar, ó porque cause vergüenza justificarse? Y ¿cuántas no es obra difícil demostrar la propia inocencia? ¡Cuántos infelices, bajo el peso acusador de un cúmulo de adversas circunstancias, no desesperan de la defensa! El silencio en el proceso civil equivale á una confesión, porque en él es lícito el voluntario desistimiento, aun cuando se estuviese en lo justo; pero en el criminal no vale más que cuando se rechazan todos los motivos contrarios; lo cual es en verdad muy difícil, pues si contra un acusado se ofrecen y presentan presunciones y pruebas válidas, la tarea de oponer contrapruebas que las neutralicen, no siempre es obra fácilmente realizable. Así, por ejemplo, si se encuentra en poder de un individuo un puñal ensangrentado después de ocurrida una muerte, difícilmente podrá demostrar que todo fué casual ó sin su conocimiento.

El inocente no necesita ocultarse ni ocultar sus cosas, toda vez que no tiene por qué avergonzarse ni qué temer. Por el contrario, el culpable tiene un interés opuesto: de ahí que la ocultación equivalga casi á una confesión, y baste casi para la prueba de la culpabilidad. Digo *casi*, porque para alcanzar una absoluta confesión indiciaria y una prueba absoluta, es preciso que resulten rechazados todos

los motivos opuestos de la ocultación. De hecho la confesión causaría certeza sin más excluyendo la hipótesis del engaño posible voluntario ó involuntario; cuando una persona testifica una cosa de la cual no puede resultarle ni perjuicio ni beneficio, la cosa testificada es indudable. La ocultación, pues, puede equivaler á la confesión; pero puede no equivaler, en cuanto cabe que uno se oculte ó que oculte algo por miedo infundado, por accidente ó por otros motivos que no sean el temor de la pena, ni la vergüenza del delito; la ocultación en estos casos equivaldrá á la confesión sólo cuando tales motivos queden exceptuados. La ocultación, además, puede verificarse de varias maneras: mediante huída, permaneciendo escondido, borrando los rastros del delito, por transacción con la víctima, sobornando á las partes ó á la autoridad.

El hecho de marchar no siempre implica huída. Se puede marchar de un sitio hacia otro á causa de un asunto dado, por placer ó por cualquier otro motivo, como se puede huir yendo despacio ó súbitamente; realmente se necesita gran habilidad para distinguir unos de otros estos diferentes actos. Por de pronto es cierto que, cuando se huye de un sitio, es porque allí donde se está se teme un daño, y allí donde se va se espera encontrar defensa ó salvación. Por esto la fuga de una persona del lugar de un crimen, más ó menos próxima, in-

funde la sospecha de que dicha persona pudo quizás haberlo cometido; esto supuesto, cabe obtener de ese modo una confesión tácita, sobre todo, si en virtud de otros datos se desvanecen las sospechas de que la fuga haya obedecido á otras razones muy distintas.

Lo mismo pasa con el indicio que los pragmáticos llaman *latitanza,* ó sea ocultación personal; pero se debe tener en cuenta que una cosa es el hecho de esconderse una persona y otra muy distinta el no encontrarla; ahora bien, sólo la ocultación voluntaria puede valer como tácita confesión de culpabilidad. La desaparición podría considerarse como una presunción de derecho ó simple cuando pasado algún tiempo no se presenta sin motivo razonable la persona sospechosa. La *rebeldía* se asemeja al hecho de la ocultación; en virtud de ella el reo no se esconde, pero no comparece en juicio á pesar de la citación: ambas hacen presumir la confesión en conciencia de la culpabilidad, por parte del que se oculta ó del rebelde, toda vez que el inocente no tiene por qué ocultarse, ni por qué negarse á las investigaciones de los tribunales. Pero en cuanto se piensa en los móviles ciegos del miedo ó en los razonables temores que produce el enojoso procedimiento, el oprobio, las sentencias inicuas, todo lo cual justifica el hecho de ocultarse y la rebeldía, pronto se ve la posibilidad de

que el inocente se decida á correr los peligros que supone la no presentación en juicio. Yo conozco un país donde es tal la desconfianza en la demostración de la propia inocencia, en la recta administración de justicia, y en la protección de la libertad personal cuando se trata de ciertos delitos, que nadie se presenta espontáneamente, salvo en los casos en que la Autoridad misma obre directamente fundada en sospechas evidentes. Y he aquí cómo para un buen procedimiento penal se necesita que todas las instituciones conspiren á un mismo fin, haciendo posible un adecuado sistema probatorio.

El delito, como ya se ha dicho, deja tras de sí rastros, recuerdos morales ó materiales, ya en las personas, ya en las cosas; por esto el que es autor tiene interés en extirparlos, en las cosas, con la supresión; en las personas, con la transacción y con el soborno. Casi todos los delitos dejan huellas materiales, aun aquéllos que no se reputan de carácter permanente; hasta los que se pueden cometer con la palabra (como las injurias, las seducciones, las sediciones.....), á veces se realizan por escrito; y así, ya que no una modificación, un cambio de las cosas puede servir siempre de indicación de los mismos. Cuando un asesino lava la camisa ensangrentada, un falsario borra la firma falsificada, un ladrón oculta las cosas robadas, un reo cual-

quiera rompe una carta que le acusa ó cambia su cara ó sus vestidos para no ser reconocido.. .., vienen á decir que quieren suprimir la memoria del delito teniendo interés en ocultarlo. En *cambio,* pues, la fuga, la destrucción de los cuerpos del delito, etc., etc., indican que la supresión de los vestigios del crimen entraña una confesión del mismo, salvo motivos en contrario.

Del propio modo, cuando una persona implora perdón de un perjudicado ó le indemniza por un crimen cometido, á fin de que aquél renuncie á la acción legal á que hubiere lugar, indica desde luego miedo ó temor; después de todo, ¿qué cosa busca el culpable con que no haya querella sino un favor más ó menos directo? Ahora bien, cuando no pueden presentarse argumentos y motivos en contrario, debe verse en la conducta á que nos referimos, un deseo de evitar la pena, resultando de dicha conducta una confesión del delito. Cabe que haya error en esta conclusión; pero también cabe que la confesión sea perfectamente admisible.

Análogo al indicio de la *transacción* es el del *soborno*; no se practican diligencias para corromper testigos á fin de que mientan, ó magistrados al efecto de que no cumplan con su deber en un juicio dado, cuando no se tiene interés muy acentuado en que no se hagan determinadas declaraciones, ni se dicte determinada sentencia. Si se-

mejante interés resulta, como no es otro que el de evitar la propia condena, el soborno da vida á una confesión. La demostración de cierto placer ó satisfacción por la realización de un delito determinado, indica que quien así se complace es por lo menos un malvado, pudiendo ser el mismo delincuente, según los modos y las circunstancias; análogo razonamiento puede hacerse con relación á la inquietud, y sobre todo con relación al remordimiento. Sin duda que todos estos estados del alma pueden responder á razones muy diferentes; pero es indiscutible que pueden valer como manifestaciones de culpabilidad. En general, de los cambios que una persona experimente respecto de un delito, merced siempre á la eliminación de concausas posibles, se puede argüir algún indicio; por ejemplo, el hecho de estar alegre ó triste, el de aislarse, la realización de un viaje, y, sobre todo, el cambio en la vida económica cuando se trata de crímenes, ya por compra, ya contra la propiedad, los cuales implican un lucro que puede permitir la realización súbita del indicado cambio.

Prescindiendo de la ejecución *material* constitutiva del delito, que da lugar á la prueba directa, hay algunos actos antes ó después de la misma que pueden dar lugar á la prueba indiciaria. De los precedentes ya se ha hablado (XVII); en cuan-

to á los subsiguientes, son *la presencia en el lugar después de cometido el delito* ó *la prosecución de ciertos actos relativos* al mismo. La presencia, cuando es antecedente, refiérese á las manifestaciones anteriores, si es concomitante á la acción en alto grado; si es subsiguiente, á las manifestaciones posteriores. El hecho de encontrarse una persona en el lugar del crimen perpetrado, no se puede muchas veces explicar sino con la perpetración misma. Tal ocurre con ciertos actos que, si no constituyen la ejecución de un delito, le siguen tan de cerca que vienen á revelarlo; descúbrese por ejemplo, al homicida que limpia la hoja en los vestidos de la víctima, como al ladrón que paga una antigua deuda, ó á un reo cualquiera que se encuentra fuera de su casa á hora desacostumbrada... Realmente, esos actos implican sospechas vehementes de participación en los delitos; supongamos que un marido encuentra en el tálamo conyugal acostado con su propia mujer, á un extraño, joven y sano; difícil será no considerarla adúltera. Por último, son tantos los modos de denunciar y tantas las cosas que pueden en cierto modo acusar y denunciar, que no acabaríamos nunca si quisiéramos recordarlas todas; basten las dichas, que son las más comunes. En los siguientes capítulos de la prueba real, pericial y documental (XXIX, XXXVI), se verá en

cuántos otros casos se ofrece la prueba indiciaria ó de conjeturas; también ha de verse esto en el que se refiere á las pruebas imperfectas, especialmente (XXXVII) cuando se trate de apreciar por indicios una prueba que no sea perfecta. Además de las manifestaciones del reo, constituyen otros tantos indicios las de los terceros cuando no tienen los requisitos propios de la prueba testifical (XXI y XXII); es, por otra parte, curioso observar cómo las cosas pueden, á veces también, ofrecer casi una significación parlante, debiendo tener en cuenta que en derecho se consideran cosas los animales irracionales. Un papagayo puede repetir á voces las injurias que se le han enseñado; un perro puede dar señas casi evidentes de reconocer el cadáver de su dueño y á su matador. Por último, ciertos mecanismos naturales ó artificiales pueden ofrecer pruebas de circunstancias accesorias esencialísimas; así, por ejemplo, un reloj indicará el tiempo en que el delito se ha cometido; un contador, el gas robado, un termómetro, el calor procurado, etc.

XIX

De los indicios de disculpa.

Enumeradas las seis maneras de *indicios de inculpación,* debemos tratar ahora de *los de disculpa,* que contra aquéllos se oponen, y los cuales de-

muestran la inocencia, al modo como los primeros la culpabilidad. Después de todo, el juicio debe atender á unos y á otros. No se deben confundir estos indicios de disculpa con los que, sin proponerse demostrar ó hacer probable la inocencia, se contraen tan sólo á neutralizar un argumento de certeza, mediante consideraciones contrarias.

Los tres extremos que hacen moralmente posible el delito, á saber, la disposición, los motivos y los medios (XIII, XV), cuando concurren indican como probabilísimo el delito; si no se comprueban (á menos que se presuman), resultará aquel improbabilísimo; así, pues, si merced á pruebas válidas y á firmes presunciones se llegan á rechazar los indicados extremos, el delito aparecerá imposible, pues ya se dijo que, cuando falta la disposición, los motivos ó los medios, toda inculpación se desvanece.

Hemos visto que los indicios presentan, bien un nexo necesario, bien un nexo probable, ó bien meramente posible; refiriéndonos, por ejemplo, á uno de ellos tan sólo, el de la oportunidad para delinquir, resulta que, si el ser valiente y robusto hace posible todo delito que exija fuerza ó violencia, el haberse encontrado en la casa en que el delito se realizó lo hace probable, mientras que el haber estado en la casa sólo durante la perpetración del delito, lo hace necesario. Lo mismo ocurre con los

indicios de disculpa: en primer término, en lo que se refiere á los motivos que excluyen la capacidad moral para delinquir, hay grados siempre más acentuados de certeza con relación á la inocencia, según que el acusado es simplemente un hombre honrado, ó bien está dotado de eximias virtudes, ó bien tiene una índole tal, que es en un todo contraria á la exigida para delinquir. ¿Quién de hecho puede esperar una crueldad de un hombre bondadoso, una traición de un padre y una bestialidad de un santo? Sin duda que, especialmente en los delitos de ímpetu, semejante índole es muy difícil de probar, tal cual se encontraba en el acto del supuesto delito, toda vez que los estímulos á veces irresistibles de la ira, de la codicia, de la concupiscencia, pueden impeler al delito súbitamente á quien hasta entonces era bueno, generoso y casto. Por esto es preciso no inducir de la capacidad la acción, sino al contrario.

La falta de una causa para delinquir rechaza por completo el delito, pues no es posible imaginar que el hombre prescinda de las cuatro sanciones de la religión, de la moral, de la ley y del honor, que lo apartan del sendero del crimen, sin un fuerte motivo; tan fuerte, que le haya sido imposible vencerlo. Por tanto, pues, siempre que conste la falta de un motivo externo ó interno del delito, éste debe rechazarse. Llamo, siguiendo á Bentham, motivo

externo, la circunstancia que determina el afecto, que á su vez determina el acto. Las injurias, las necesidades, los objetos deseables ....., son motivos externos; la ira, la codicia, el deseo ....., son internos. Si un rico toma una cosa de un amigo suyo, no por esto se creerá que la ha robado; en cambio, si un pobre la toma de un extraño, nadie duda del hurto. El acto es el mismo; sólo es distinta la cualidad de las personas. ¿Y qué quiere decir esto sino que la admisión del delito depende de la existencia del móvil? Hay, pues, circunstancias que rechazan en una persona el interés de delinquir, siendo necesarias otras si se pretende neutralizar el valor de su disculpa. ¿Qué circunstancia más clara y evidente para rechazar el parricidio que el ser el reo hijo de la víctima?; y, sin embargo, si el hijo anhelaba la herencia paterna hasta el punto de que este deseo neutralizase el afecto filial, y si esto consta, el móvil del crimen será entonces la codicia. El móvil debe además ser proporcionado al delito; pero es preciso tener en cuenta que el autor mismo puede equivocarse en esto de la proporción, creyendo que el fruto del delito sea superior á lo que importa la reprobación de la conciencia, la censura pública, el peligro de la pena y el castigo eterno. Hay monstruos de tal naturaleza, que matan por nada, que venden á la patria y al amigo por unas cuantas monedas, por un fútil

enojo, por una ambicioncilla miserable, por cualquier cosa, en fin, hasta por una cierta complacencia infernal. A pesar de esto, lo razonable es que, para que el hombre se desvíe de la senda trazada por la ley y la conciencia, se necesite un impulso, y que, no obstante la perpetración del acto, si no resulta implícito ó presunto, ó no consta el móvil, y especialmente si consta un móvil contrario, no puede haber dolo, sino á todo más culpa ó casualidad. ¿Quién puede creer que uno ofenda á sabiendas á una persona á quien ama y de quien no espera más que beneficios? ¿Cómo pensar que un avaro disipe en un momento el tesoro acumulado durante tantos años y con tantas angustias para urdir una conjura socialista? ¿Cómo pensar que uno atice un incendio con el cual se destruyera su patrimonio dejándolo en la miseria, ó que un individuo difame públicamente á un amigo queridísimo?..... Hay, sí, una clase de delitos para los cuales no pueden señalarse causas especiales que expliquen su comisión: tales son los delitos de la lujuria. Un estupro, un adulterio, un ataque al pudor, no tiene otro móvil que el fuego de las pasiones, el cual puede ser común á todos los hombres; trátase, en verdad, de un apetito que puede dominar á una persona dada, y que, sin embargo, no se presta á determinar un cargo contra uno especialmente. Mas el móvil, aunque sea general, existe;

lo que hay es que no se puede presentar como argumento de prueba, puesto que la concupiscencia sensual, motivo interno, se da en todo hombre, pudiendo también presentarse en todo hombre el objeto de la misma (motivo externo).

Es difícil, aunque posible, inducir un argumento general de certeza de la falta de capacidad para delinquir, aunque sea más difícil aún hacerla constar. Es fácil, sin embargo, demostrar la falta de oportunidad, puesto que cuando se demuestra que el delito es físicamente imposible por sí ó con relación al acusado, no hay conjunto de pruebas que valga para provocar la duda acerca de su existencia. La inoportunidad puede ser un simple obstáculo ó una imposibilidad absoluta de la existencia: de aquél surge una probabilidad de inocencia, de ésta, la certeza. Es improbable que uno que vive lejos del lugar del delito lo haya cometido, ó bien que lo haya cometido uno débil de miembros, ó uno falto de la destreza necesaria. En cambio es imposible que un impotente haya cometido un estupro, ó que lo haya cometido quien se encontrara muy lejos del lugar del delito. Así, tomando el asunto desde un punto de vista general, si todo el género humano afirmase que un individuo penetró en una casa á robar por el agujero de la llave, que otro lo hizo volando, ó que un tercero, para deshacerse de su enemigo, se valió del diablo, nadie

lo creería. Si esta norma se hubiera seguido siempre, no se hubieran realizado tantos esfuerzos para castigar un delito imposible y que nunca ha existido como el de la brujería. Sin embargo, en cuanto á la imposibilidad, caben no pocas equivocaciones, nacidas de la falta de un conocimiento adecuado de la naturaleza. Quien hubiera dicho hace un siglo que se podría pintar por la luz, ó sea retratar, y que en breves instantes comunicaría su pensamiento de un hemisferio á otro, oiría como única contestación que todo eso era imposible. Lo parecía pero no era; como parecerá imposible en cualquier remoto rincón de Africa, que haya hombres de ciertos colores para ellos completamente desconocidos. Probablemente el magnetismo animal, revelándonos fenómenos de naturaleza hasta ahora desconocidos, nos demostrará como posibles cosas que no creemos tales. Y dicho sea esto en contra de cierto pirronismo tonto que rechaza todos los descubrimientos recientes por el solo hecho de serlo. En cuanto á la crítica criminal, debe considerar imposible todo aquello que hasta ahora se conceptúe tal y que, por tanto, no forma parte del saber humano. Así, cuando el juez dude acerca de si un hecho aseverado es ó no posible, acudirá al perito que se presume posea todo el patrimonio científico alcanzado por la humanidad en aquel ramo que constituye su profesión. Según lo ex-

puesto, la imposibilidad subjetiva (impotencia, falta de medios, coartada) y la objetiva destruyen cualesquiera pruebas contrarias (VI).

Como ocurre en los conflictos de las pruebas directas, los indicios pueden, cuando se oponen, neutralizarse. Las manifestaciones anteriores y posteriores, expresas ó tácitas, contrarias al delito, á menos que no consten que han sido urdidas, favorecen la inocencia, aunque no necesariamente. El indicio de la falta de vestigios ó de la existencia de vestigios contrarios al delito, puede por sí mismo ofrecer un argumento necesario para la certeza, como, por ejemplo, en el caso en que en una herida reciente no se encontrasen cicatrices de las grandes heridas que se dicen inferidas, ó bien que éstas se presentaran de tal modo que el mismo herido haya podido ocasionárselas.

XX

De la prueba indiciaria perfecta.

Bien sea por el execrable recuerdo de la tiranía, bajo la cual la más leve sospecha llevaba al patíbulo, bien por cualquiera otra causa, lo cierto es que los indicios tardaron mucho en ser admitidos en la prueba criminal, y cuando llegaron á serlo fué después de grandes vacilaciones. Aun hoy, donde está vigente el sistema legal de la certeza,

la prueba que de ellos resulta se tiene siempre por demasiado débil ó por muy limitada; en algunas legislaturas se rechazan, si no para todos, para algunos delitos, cuando menos, para los capitales. En todas partes, en la ley, en la jurisprudencia y en la práctica, se sostiene el principio de que los indicios no dan más que la prueba subjetiva, teniéndose de otro modo la objetiva. Tal sanciona el legislador austriaco, el cual cito varias veces, porque sus disposiciones rigen en la tierra de Italia, donde escribo... Ahora bien: es cosa para nosotros bien clara que la eficacia de los indicios no se limita á esto tan sólo.

La prueba de la delincuencia, resultante de los indicios, se sujetó á las exigencias de ciertos requisitos, relativos especialmente á sus condiciones exteriores y á su número. Se ha dicho que los indicios concurrentes en una causa criminal deben comprobarse cada uno por sí distintamente; se ha añadido también que deben ser más probados que los demás medios de prueba, exigiendo, por ejemplo, tres testigos en lugar de dos; pero no hay razón lógica alguna que justifique tales exigencias. No solamente la que vale para demostrar cumplidamente la prueba directa vale para la indirecta, sino que también un mismo medio de certeza (por ejemplo, un testimonio) puede mostrar dos ó más indicios que deben ser admitidos. ¿Por

qué, en efecto, si un testimonio puede probar directamente el delito material, no ha de probar también un número cualquiera de circunstancias, de las cuales puede inducirse aquél, por referirse al móvil, á la amenaza, á la fuga?... En cuanto á la indicación exterior de la prueba directa y de la indirecta, nos remitimos á lo que se dirá de las diferentes pruebas perfectas externas (XXVIII, XXXI, XXXIII, XXXV; y de la coincidencia de las imperfectas (XXXVII).

Cuando se razona acerca de la fuerza de los indicios, se parte del supuesto de que se hayan verificado de una ó de otra manera externamente; no se razona según el criterio interno de su certeza, y merced á la inducción de un hecho desconocido de otro conocido. Ahora bien: esto sentado, se pregunta: además de las condiciones generales de toda prueba, ¿cuáles y cuántos indicios se exigirán para la certeza?

Los pragmáticos, una vez examinado su valor relativo, los distinguieron en *violentos* y *no violentos,* en *naturales* y *accidentales,* en *próximos* y *remotos,* en *vehementes* en *graves,* en *ligeros* y en otras clases más (distinciones todas equívocas, vagas y ficticias), añadiendo que sólo pueden probar los violentos, los naturales, los próximos y los vehementes. La racional distinción de los mismos según su valor, distinción no indeterminada

ni arbitraria, es la de indicios *necesarios* y *contingentes*, según que permiten inducir una ó varias causas. Ya se ha indicado que los indicios, mirados bajo cierto aspecto, son *efectos*, de los cuales pueden inferirse las *causas*. Un efecto, que no puede tener más que una sola causa, es un indicio necesario; el efecto que pueden tener varias causas, es contingente. Es verdad que los indicios contingentes son más ó menos probables en razón inversa de las cosas que pueden indicar; pero esto no es posible determinarlo abstractamente por la indeterminada multiplicidad de sus condiciones.

Esto no obstante, despreciando la apreciación natural de su valor intrínseco, deducido según la indicada razón de causalidad, los antiguos doctores, los modernos jurisperitos y los códigos, admitieron indicios en la prueba criminal, pero determinaron su número tan arbitrariamente, que para fijar cuándo su concurso produce la plenitud de la prueba, fué preciso disimular el criterio racional con un simple cómputo material. Para dar un ejemplo, citaremos el *Reglamento de procedimiento penal* del Imperio austriaco, que, por otra parte, recogió y formuló en este punto las últimas conclusiones de la ciencia, especialmente alemana. Este *Reglamento* distingue los indicios en *próximos* y *remotos*, enumera algunos de aquéllos y establece: que con ellos ó sus equivalentes, se tiene

prueba de la criminalidad, cuando concurren en número de tres si son solos; de dos si concurren con una ú otra de las dos circunstancias *supletorias* de falsa justificación ó de capacidad para delinquir del acusado, y aunque sea uno solo, cuando éste concurriere con las dos circunstancias indicadas.

Ahora bien, este es un sistema ficticio, un arreglo mecánico, bello sin duda, pero falto de lógica y sólo explicable por la necesidad de códigos probatorios, los cuales, por los demás, al refrenar el arbitrio de los jueces, corren el riesgo de limitar injustamente el pensamiento. Debe notarse que, á pesar de esto, el campo dejado al arbitrio judicial tiene que ser vastísimo, á lo menos con relación á los demás requisitos de la prueba indiciaria; esto es, al *nexo entre el hecho y el acusado,* á la *equivalencia de los indicios,* á la *armonía con los demás datos*, á la *verosimilitud*; cosas todas estas que no son ni pueden ser formuladas y especificadas por las leyes. A la verdad, por providente y por previsor que un legislador sea, no podrá nunca menos de dejar amplio campo al convencimiento moral del juez, y en ninguna esfera de la prueba resultará esto tan claro como en la prueba indirecta, que es, entre todas las pruebas, la que más depende de los principios metafísicos de la certeza, incoercibles de suyo. Por esta razón, me

parece que en este punto el legislador, debe limitarse á meras indicaciones y precauciones que guíen al juez, y eviten las falsas conjeturas contra el acusado. En rigor, rechazar aquel artificioso sistema vale tanto como sancionar aquel principio natural, según el cual *lo mismo uno que varios indicios prueban la cosa cuando la demuestran.*

Según lo expuesto, no se debe decir: se necesitan dos, tres ó más indicios, toda vez que puede bastar uno solo y pueden ser poco ciento. Supongamos que la simple desfloración fuese un delito (como lo era, y capital para las antiguas vestales): con un indicio solo, si bien necesario, el de la preñez, la desfloración resultaría probada objetiva y subjetivamente. No son, pues, precisos ni dos, ni tres, ni varios; y por otra parte, aunque cien indicios acusaren á un individuo, si á pesar de todo fuese admisible la posibilidad de rechazar su criminalidad, los cien indicios no bastarían. Considerando el indicio como el *efecto de una causa,* cuando no es necesario (pues si lo es, basta por sí solo), se debe considerar juntamente con los demás. Entonces puede ocurrir que varios indicios reunidos revelen una sola cosa; resultando en este caso que el concurso valdrá como un indicio necesario, ya que de él resulta la cosa nesariamente indicada. Si de los indicios considerados acumuladamente se eliminan varias de las distintas cosas

contingentemente indicadas, se puede llegar por mutua compensación á aquella que resulte necesariamente manifiesta. Según esto, la prueba perfecta, objetiva y subjetiva, puede surgir, tanto de un indicio necesario, como de varios contingentes que unidos equivalgan al necesario. El indicio del embarazo, por ejemplo, indica desde luego el anterior comercio carnal: es, pues, necesario, no tiene más que una sola causa, no pudiendo, por tanto, eliminarse. Pero supongamos un caso de hurto y que se tiene el indicio de la *posesión de la cosa hurtada*. Esto puede indicar las siguientes cosas:

I. Que aquélla haya sido vendida ó donada al poseedor á sabiendas ó no de su origen;

II. Que haya sido por el posesor tomada reputándola propia ó pretendiendo resarcirse de algún daño;

III. Que hubiere sido depositada en su poder por un tercero sin él saberlo, y

IV. Que la hubiere robado.

Esta última hipótesis es la que con el indicio se busca; pero como se ve, es contingente, pues puede ser ó no ser que el objeto indicado sea el hurto; no basta, pues, el indicio de la posesión para probarlo. Pero si hubiere otro indicio ó varios que desmintieran las primeras hipótesis, al eliminar tres

de los objetos indicados, al cuarto, esto es, el hurto, resultaría necesario. Conviene advertir que en este caso se trata de una necesidad moral, mientras en el de la desfloración resulta ésta del embarazo como de una necesidad física.

Tal necesidad, moral ó física, es el verdadero fundamento del valor probatorio de los indicios; si resulta, valen; si no resulta, no valen; pero un indicio que por sí solo puede no señalar la necesidad, puede hacerlo unido á otro. Comúnmente, sin embargo, se prescinde de estas consideraciones; repútanse los indicios como argumento de probabilidad; se suman, se procura la certeza en virtud de este cómputo material, y nadie se cuida de lo demás. Con semejante procedimiento, ¡cuántas sentencias no se dictarán, buenas ó malas, pero inconscientemente! El error resulta favorecido además por considerar los indicios encaminados tan sólo á demostrar el delito y, por tanto, la culpabilidad, siendo así que se refieren á todas las cosas, á todos los sucesos y á todos los objetos de la comprobación judicial. Los indicios, sean principales, sean accesorios, sean de inculpación ó de disculpa, sean positivos ó negativos, se deben ponderar siempre mútuamente.

En breves términos, la solución de la cuestión que examinamos es la siguiente: *la prueba indiciaria es perfecta cuando el hecho que se quiere*

probar resulta necesariamente, como causa de su efecto, de uno ó de varios indicios considerados en conjunto. El número necesario de éstos no puede determinarse invariablemente; resulta tal cual puede requerirse, cuando surge la relación de necesidad moral ó física entre efecto y causa, entre el indicio y la cosa á que se refiere. Puede, pues, prescindirse de aquella gimnasia que, á fin de mitigar y corregir el número y los cálculos de los indicios y evitar el daño, se ofrece como exigencia para ser lógico y alcanzar la verosimilitud.

Acaso se objete la dificultad de obtener la prueba indiciaria, á causa de lo difícil del nexo, ó relación necesaria entre uno ó varios indicios y la cosa á que se refieren; sin embargo, esta dificultad desaparece si se recuerda, que tal cosa no es nunca el delito por entero, y que para probar éste concurren directa ó indirectamente otras circunstancias; que la necesidad no siempre ha de ser física, sino más bien moral (orden natural de las cosas); que dada la comprobación de los tres indicios del delito virtual (la capacidad, el móvil y la oportunidad para delinquir), condiciones por otra parte necesarias para la realización y la prueba de todo delito, basta cualquier circunstancia de hecho para establecerlo. Debe, pues, repito, tenerse sobre todo en cuenta, que uno ó varios indicios prueban un hecho, pero nunca todo el delito, objetivo

y subjetivo, material y moral, efectivo y virtual; para esto se necesita imprescindiblemente una prueba directa. El testimonio ocular, por ejemplo, no puede probar más que el elemento material del crimen, no el moral; ahora bien, el objeto de la investigación judicial no es sólo el delito, sino un conjunto de hechos morales y materiales, en virtud de los cuales, se induce ó se rechaza. El juicio recae sobre todos estos hechos; separa los que indican el delito de los que lo excluyen, estableciendo cuántos y cuáles prevalecen, y si éstos son suficientes para generar la certidumbre.

XXI

Del testimonio.

Lo que aprendemos, lo aprendemos ó por nuestras percepciones ó por lo que otros nos refieren. En el primer supuesto, el conocimiento surge del mismo objeto cognoscible; en su virtud, este modo de conocer (y criterio de certeza) llámase intrínseco, llamándose prueba *intrinseca* al medio. En cambio, es *extrinseca* aquella prueba y extrínseco aquel modo que nos ofrece el conocimiento del objeto, no por sí mismo, sino de otra manera; no por la *realidad* de la cosa, sino por la *autoridad* de la persona. La prueba intrínseca es siempre real, porque debe radicar en el objeto. La extrínseca es

personal. Llámase prueba real la que consiste en una cosa, y personal la que consiste en un dicho (IX); ahora bien: los dichos son propios de las personas.

El criterio extrínseco de certeza es sin duda secundario y, por decirlo así, supletorio del otro, cuando, no pudiendo convencernos por nosotros mismos, tenemos que recurrir á lo que otros saben; en este caso el único fundamento de nuestra fe es la veracidad supuesta en aquéllos á quienes escuchamos. Ahora bien, ¿cómo dar fe á tales informes? ¿Por qué unas veces creemos y otras no?... Depende esto realmente de tres motivos: I. Del carácter de las personas mismas. II. De sus relaciones con los hechos que refieren. III. De la índole de estos últimos. En virtud del primer motivo, por ejemplo, no se dá crédito á un mentiroso ó calumniador notorio, como no se le da en razón del segundo motivo á quien espera lucrarse con sus manifestaciones, ni se admite en razón del tercero la declaración inverosímil. En los dos primeros casos lo que nos impide creer en los testimonios es una necesidad del orden moral, y en el tercero una necesidad del orden físico; así resulta que el testimonio no basta por sí solo para convencer, sino que su contenido y circunstancias deben ser indicadas y ponderadas por la razón. Por lo común, sin embargo, el no creer es una excepción que sur-

ge precisamente de uno de los tres motivos indicados (presunciones de falsedad), siendo una excepción, porque lo ordinario es que se crea á los hombres, lo cual se funda por otra parte, en la presunción favorable á la veracidad de todo hombre, siempre que no haya en él estímulos contrarios que puedan inducirle á mentir. Pero ¿en qué se basa semejante presunción? En que naturalmente se inclina el hombre á la verdad bajo el triple estímulo de las sanciones civil, legal y religiosa.

La existencia de la indicada inclinación moral á la verdad es sin duda un hecho. Puesto el hombre en el trance de elegir, tiende hacia la verdad de un modo natural, como el río al mar, aunque sólo sea para evitar lo malo y molesto que la mentira entraña. Cada cual puede, mirando hacia su interior, ver de qué modo natural y fácil le atrae la verdad y cómo exige un esfuerzo, una violencia moral, la mentira. ¡Qué mejor argumento para demostrar esto que la vergüenza que asalta al que miente, vergüenza que mil veces surge contra su voluntad al rostro, ó se manifiesta, mal que al mentiroso le pese, en el temblor de su voz, en lo balbuciente de sus palabras y hasta en la mirada misma!

Además de esta sanción moral hay también la civil, que surge precisamente de este sentimiento general de vergüenza, merced al cual la pública

opinión considera al trapisondista como un ser despreciable y vil. Ciertamente, el temor del público desprecio contiene la mentira; pero las penas terribles con que las leyes amenazan y el porvenir que las religiosas indican, la contraen más aún, alentando así la natural inclinación á la verdad.

Claro es que la acción combinada de estas sanciones puede ser neutralizada por el influjo de las contrarias pasiones humanas; mas es difícil. Sin embargo, como se comprenderá, puede presentarse el caso en que el testimonio deba ser rechazado; ocurre esto en el momento en que se manifiestan y se ven frustradas las fuerzas que la sanción á que nos referimos supone, por influencia prepotente, determinándose entonces la inidoneidad por causas morales (no ya por causas físicas ó intelectuales) de los testigos. Cuando tal ocurre, cuando se presentan las circunstancias que implican tal inidoneidad moral (por ejemplo, en el supuesto de existir un interés en mentir), ésta es siempre condicional, en cuanto puede llegar á ser anulada por otras circunstancias que disipen toda sospecha. Pero de esto se hablará en el capítulo que trata de los vicios que invalidan el testimonio (XXV); ahora pasemos á determinar sus requisitos.

XXII

De los requisitos que dan validez al testimonio.

Toda prueba *histórica* (y tal se puede denominar la extrínseca, á diferencia de la real intrínseca), surge de las referencias humanas, escritas ó verbales, de un *testimonio,* en suma, ya proceda, cuando se trata de materia penal, del reo mismo, ya de terceros. La misma prueba proveniente de los documentos, si se refiere á lo escrito, se estima como prueba real; pero en su tenor corresponde á las personales, por lo que, en lo que á esto toca, es un simple testimonio, que debe ser considerado según las reglas relativas al testimonio personal.

Ahora bien, no todos los testimonios tienen igual valor: los hay que no tienen ninguno, ocurriendo que el valor aumenta ó disminuye, según que aquéllos se hallan ó no adornados de los requisitos en virtud de los cuales pueden ser fidedignos. Estos requisitos se refieren á la esencia ó á la forma por la que se dividen en intrínsecos y extrínsecos.

Los requisitos extrínsecos, como referentes á la economía, á las conveniencias y á otras consideraciones de orden político y no lógico, nada tienen que ver con el tema del presente discurso. La crítica prescinde de estas cuestiones extrañas por referirse sólo á la disciplina de lo *cierto;* debiendo

tener en cuenta que la confusión de esta con otras disciplinas ha sido causa de no pocos errores. Por ejemplo, que el hijo deponga contra el padre no será tolerado por una ley positiva, en razón de motivos de piedad y de moralidad; pero esto no obsta para que lógicamente, ó en pura crítica, pueda aquella deposición tener algún valor.

Prescindiendo de los prejuicios, de los usos inveterados y de las prescripciones de tal ó cual país, es un hecho que en la crítica probatoria es idóneo aquel testigo que:

I. Está en el uso de su razón y

II. Con los sentidos aptos para percibir los cosas á que su declaración se refiere; que

III. Depone de ciencia propia;

IV. Íntegra y circunstanciadamente;

V. En juicio, y por último, que

VI. No tiene interés en mentir; por lo cual, todos los demás requisitos que de ordinario se exigen no son más que simples formalidades.

De hecho, todos los requisitos, exigibles en el respeto lógico y prescriptos por el legislador en este punto de las declaraciones testificales, redúcense al fin y al cabo á estos seis: capacidad mental y sensible, originalidad y causa del conocer, integridad circunstanciada, prestación en juicio,

desinterés. Estos, bien ó mal explicados, originan la variedad de normas y de exclusiones en el modo de testificar, tan frecuentes en la legislación y en la jurisprudencia antigua y modernas. Cuáles deben admitirse y cuáles han de rechazarse, veráse fácilmente con un análisis de los presupuestos principios.

En primer término, la falta del primer requisito hace inidóneo, ó lo que es lo mismo, invalida el testimonio de un mentecato, del que se halla vivamente perturbado á causa de embriaguez, agitación ó exaltación, enfermedad ó miedo (toda vez que estos estados anormales del alma oscurecen la mente) y de un niño. Entre los mentecatos deben comprenderse todos aquellos cuyos sentidos permanente ó temporalmente (con relacion al acto del hecho sobre que se testifica con relación á la declaración misma) se hallan perturbados, bien sea por demencia, por furor ó por imbecilidad. Los ebrios, los gravemente enfermos, los lelos, todos aquellos que se hallan presa de un fuerte sobresalto, ó bajo una turbación del ánimo, en el momento en que el suceso ocurre, se deben considerar, sin duda, en un estado anormal de la mente. Ahora bien, si los primeros por enajenación y los otros por ofuscación, se conceptúa que no gozan del libre uso de la razón, los niños están también en análogas circunstancias, á causa de su falta de

madurez en el juicio, de suerte que no puede darse fe á lo visto y contado por ellos durante tal edad. Mas ¿cuando podrá decirse que comienza la plena conciencia? Cabe aquí, sin duda, la presunción de incapacidad mientras dura la infancia natural y de capacidad después, pero ordinariamente esa no se presume hasta la pubertad. En virtud de cierta supuesta inferioridad mental, las mujeres y los viejos fueron excluídos alguna vez, como incapaces de deponer en los juicios criminales, pero la injusticia y lo intolerable de tal exclusión, salta desde luego á la vista. No hay, por lo demás, ni sexo ni edad que puedan establecer ó sentar de un modo indeclinable la capacidad ó la incapacidad intelectual, toda vez que las condiciones particulares de la individualidad y del caso, pueden cambiar las indicaciones de aquéllas; hay niños que saben más que adultos, y cosas que pueden ser sabidas por aquéllos y otras que no pueden serlo por éstos.

Una incapacidad relativa es la que resulta de vicio ó defecto en los órganos de los sentidos; así, por ejemplo, no puede testificar el ciego de cosas de la vista, ni el sordo de cosas oídas. Del propio modo no vale el testimonio de un mudo, á menos que el lenguaje gráfico ó mímico por él usado, no constase de un modo preciso, constante y veraz. Y puede ocurrir en algún caso que hasta el olfato

y el gusto y el tacto, se requieran como condición especial de la prueba, que naturalmente no sabría ofrecer quien tuviera lesionados tales sentidos. Supongamos que se trata de probar la existencia de una emanación fétida mortal, ó de un olor específico, como de pólvora, de algún veneno, ó bien de la cualidad de una cosa apreciable por el sabor, ó en fin, la suavidad ó aspereza de otra.....; en tales casos la capacidad de los respectivos sentidos se impone.

Se exige, además, que el testigo deponga originalmente, esto es, según sus propias percepciones, y que ofrezca la causa de su certeza, ó sea por qué y como está cierto de los hechos declarados, pues al fin y al cabo son cosas muy distintas que el testigo haya sido espectador presencial, ó que lo haya oído á otro, ó que lo suponga, razone ó imagine y presuma. No basta que un hombre se presente en juicio y diga: Fulano cometió un hurto, sino que debe decir: yo mismo le ví cometerlo. Y no se trata aquí de un requisito formal, como pudiera creerse, sino esencial, puesto que los testigos son como los auxiliares del juez, son *los ojos y los oídos de la justicia,* según dice Mittermaier, la cual debe por esto mismo colocarse en la mejor situación que sea posible, para servirse de ellos como de propios órganos.

Realmente, el testigo no debe limitarse á un

simple aserto cualquiera; antes es preciso que haga una relación circunstanciada y completa, comprensiva del pro y el contra, de lo principal y de lo accesorio, sin omisión ni reserva alguna. Este requisito es absolutamente necesario, no siendo sin él válido el testimonio; porque si por ejemplo uno atestigua que Fulano mató á otro, y no añade si fué en defensa de su vida, aparecerá aquél como reo, cuando en rigor no lo es. El mismo reo confeso no puede limitarse á admitir su delito sin más, sino que debe añadir: yo he realizado en efecto tal acto, y lo he realizado dolosamente, de este ó de aquel modo, en tal ó cual momento, contra tal ó cual víctima; sabido es que en materia criminal no ocurre como en la civil, en donde basta la simple admisión, aunque sea tácita, para considerar como probado un hecho (VIII).

Como el juez debe asegurarse por sí mismo de que el testigo reuna esos requisitos, de una manera formal y seria, en razón del influjo de aquellas sanciones ya indicadas que suelen determinar la veracidad del mismo, es preciso que el testimonio se dé en tales condiciones de lugar y modo, que quien lo da, se persuada de la gravedad del acto en que interviene y de sus consecuencias terribles, para él y para otros. Así, es necesario que el testimonio sea judicial y se preste solem-

nemente, lo cual ocurre cuando se verifica ante el magistrado que ha de juzgar, ó ante sus representantes ó delegados, en el ejercicio público de sus funciones.

El sexto requisito por último, de un testimonio legítimo é inconcuso, es aquel que consiste en que el que lo preste no tenga interés en mentir. Ahora bien, presúmese este interés de todo aquel de quien puede suponerse que espera un beneficio, ó teme un daño, á consecuencia del resultado del proceso. Lo que hay es que no se ha de interpretar esto de un modo tan estricto que se niegue, por ejemplo, la confianza á un testigo, sólo porque, una vez condenado el ladrón, podría recoger los objetos que le hubieran sido robados, ya que no es éste un estímulo de una fuerza tal, capaz de vencer la natural tendencia hacia la verdad á que antes nos hemos referido (XXI). Claro es que aquí es aplicable el viejo axioma jurídico de que *nadie hace prueba en causa propia*, por lo que el reo no podrá disculparse de la acusación probada con su simple negativa.

Prosiguiendo en este punto las indagaciones acerca de los medios de la certeza criminal, pronto se advierte que no suele tenerse en cuenta en la práctica algunos de ellos; tal ocurre con las presunciones y los hechos extrajudicialmente notorios, habiendo varios que no se distinguen ade-

cuadamente en el uso directo é indirecto, con más otros errores semejantes y otras omisiones. Por ejemplo, con relación á los testimonios nos encontramos que hay algunos en los cuales el juez traslada ó transfiere la investigación de los requisitos, ó bien los presume: son éstos los oficiales; ¿cómo se procede si no en la práctica? Se pide, verbigracia, á una autoridad de orden público informe sobre una persona dada, á una academia científica el dictamen médico, á un párroco la fe de nacimiento de una persona, á la oficina correspondiente el análisis de un metal, etc., etc., y las respuestas de todos estos funcionarios ó centros oficiales, se estiman como autorizadas, fidedignas y probatorias, tanto de las circunstancias de culpabilidad, como de las de la inocencia. Y no hay que hablar de los diferentes actos emanados de las diversas personas judiciales, porque se los considera como emanaciones de una misma persona moral, á saber: la que al fin dicta la sentencia; pero lo cierto es que semejantes declaraciones judiciales se producen para hacer constar circunstancias dadas y que son, por tanto, pruebas. ¿Y de qué suerte?—No son deposiciones testificales ordinarias (puesto que no tienen la forma y las condiciones debidas); no son juicios periciales, ni son inspecciones, ni documentos. ¿Qué son, pues?—La práctica no sabe responder; y como

no sabe responder adecuadamente, lo que sí hace, porque conviene acudir á ellos y son necesarios, es, desconociendo la verdadera especie y naturaleza de estas pruebas, introducirlas furtivamente en el proceso, considerándolas (desde el punto de vista formal y accidental) como pruebas escritas, como documentos. Pero el que sean escritas ó no es indiferente; podrían muy bien ser orales, sin que por ello variase su esencia. Esta es, en efecto, testifical, porque al fin no son sino testimonios de personas morales ó físicas, revestidas de una representación oficial. La dificultad está en que no tienen los sólidos requisitos del testimonio; verdad es que, aunque no los tienen, se presumen, y así se sale del paso.

Las declaraciones oficiales no son, pues, más que una especie privilegiada de testimonios; al modo como los documentos públicos, son una especie privilegiada de documentos; unas y otros están dispensados de aquellas formalidades que tienden á hacer constar sus requisitos, que por lo demás se presumen. Lo razonable de esta presunción (que por otra parte exige la economía del procedimiento) se basa sobre el principio, según el cual, *una persona revestida de autoridad, es, especialmente, digna de crédito en los asuntos de su competencia.*

Pero ¿cuál será la extensión de la fuerza proba-

toria de estos testimonios oficiales y á qué objetos podrán referirse? ¿Probarán el crimen mismo de modo que si un magistrado participase la perpetración de un delito, se habrá de tener éste desde luego como verificado, aunque sea judicialmente? Desde luego se dirá que no, toda vez que en definitiva eso equivaldría tanto como pedir á una autoridad no judicial la consignación efectiva del hecho, que la autoridad judicial admitiría fundada sólo en la presunción de su veracidad. Pero podrá decirse: ¿y qué razón hay para que el testimonio oficial sufra esta limitación? La razón es, después de todo, la misma que impera en toda prueba testifical: el testigo prueba sólo aquello que sabe, y en el oficial se presume también tal ciencia; pero sólo, naturalmente, limitándola en su competencia á la esfera de los actos y de los hechos oficiales respectivos. Ahora bien; el crimen ó delito no está entre éstos: éstos pueden referirse á hechos ó circunstancias de las cuales aquél resulte. La Casa de la Moneda pública, por ejemplo, no puede aseverar una falsificación completamente; en cambio puede consignar si una moneda está falsificada, como en un caso de incesto, la fe de los testimonios parroquiales ó del registro del estado civil, hacen constar la existencia del vínculo de la sangre.

No se debe, por otra parte, olvidar que lo que

exime á los testimonios magistrales de la comprobación de ciertos extremos, no es más que una presunción, y que, por tanto, desde el momento en que ésta desaparezca en virtud de datos contrarios, se han de regular aquéllos como si fueran testimonios ordinarios. Refiriéndonos de nuevo á éstos, generalmente, se consideran como requisitos esenciales, el juramento y la pluralidad de los deponentes; pero sin razón alguna, como se demostrará en los dos capítulos que siguen.

XXIII

Del juramento de los testigos.

Entre los requisitos comúnmente prescritos para que la deposición testifical sea legítima, figura el *juramento*, si bien algunos, como Bentham, quisieran excluirlo como inútil, cuando no como perjudicial. La tesis relativa á su utilidad ó inutilidad no tiene una resolución absoluta, toda vez que sería preciso, ante todo, conocer el pueblo de que en cada caso se trate, en lo referente á su estado, á la índole de su constitución, de sus costumbres y de sus creencias.

El juramento, promisorio y afirmativo, fué y es usado por casi todos los pueblos; pero la idea según la cual se ha concebido no es siempre la

misma. Vulgarmente entiéndese por *jurar* la apelación de Dios como testigo y vengador de una promesa ó de una afirmación que se hace. Pero se debe notar aquí una gran audacia y una gran tontería: *audacia*, porque quien jura ó hace jurar, pretende tener á sus órdenes la majestad divina (como decía Bentham); *tontería*, porque, aunque sea sin ese reclamo, Dios, como omnipresente y como juez infalible, testimonia y venga toda iniquidad humana. De semejantes juramentos, interpretados, por decirlo así, literalmente, no puede tratarse aquí; en mi concepto, según el espíritu de nuestras creencias, el juramento no debe tener una eficacia tutelar fuera del alma de quien lo pronuncia, no pudiendo ni debiendo ser sino un modo de reavivar y reafirmar, en la propia conciencia, la idea de la omnisciencia de Dios, ante la cual y en la cual se hace una promesa ó se formula una afirmación.

Ahora bien, un juramento de esta naturaleza viene al fin y al cabo á ser una solemne afirmación ó promesa manifestada con ciertas palabras sacramentales, ó según ciertos ritos, que cambian con las religiones. Sin duda el Evangelio manda: decid sí al sí y no al no; pero si todos los preceptos evangélicos fuesen adoptados y obedecidos por los hombres, no habría para qué ocuparse en estas disquisiciones criminológicas, ni para qué esfor-

zarse en desenmascarar la humana iniquidad. Es un hecho que los hombres mienten á veces, y se han de tomar los hombres tal y como son; es preciso corregir la maldad, no hay duda; pero no se puede prescindir de ella cuando se razona sobre las cosas humanas; y al cabo no se prescinde, antes se la corrige, al rodear de ciertas solemnidades un aserto, solemnidades que, recordando las sanciones morales y religiosas, tienden á reforzar los estímulos naturales favorables á la verdad, procurando de ese modo mayores garantías. La majestad dé un templo y de un tribunal, una amenaza divina y una amenaza humana, imponen á veces bastante; sería, pues, absurdo no hacer uso de todo ello.

¿Quién duda que es un hecho el de que el hombre teme más ser perjuro que mentir simplemente? Ahora bien, ¿por qué si lo que de él se quiere es la verdad no ha de hacérsele jurar? De cien hombres habrá algunos que no mentirán sin necesidad de jurar, pero habrá otros que mentirían si no jurasen. En la duda de á cuál de esas clases pertenece cada uno, hay que hacerlos jurar á todos; y así se tendrá una garantía más de su veracidad. Ocurre lo mismo con la pena del falso testimonio ó de la calumnia: si suscitan la verdad, ¿por qué no aprovecharlas? ¿Llegará á mejorar entre nosotros la moralidad pública de tal modo

(como entre los cuákeros) que una afirmación solemne equivalga á una jurada? Pues nada mejor; en ese caso se adoptará la primera y se proscribirá la segunda; pero mientras tal mejoramiento no se alcance y un juramento valga más que un simple aserto, para favorecer la veracidad, será preciso emplear aquél.

En materia civil frecuentemente el juramento es una necesidad á falta de otras pruebas; mas no se trata aquí de este uso que del juramento cabe hacer y se hace; en materia penal, el juramento es una garantía de que las partes interesadas (ya sea la sociedad, ya sean los ciudadanos) no pueden privarse. Por otra parte, sería realmente contrariar la común creencia, atribuir igual fuerza á una deposición simple y á una deposición jurada.

¿Y qué personas deberán jurar? No debe obligarse á todos, ciertamente, sino sólo á aquellos cuya veracidad no padece por el interés que pudieran tener en mentir, pues de un lado se correría el peligro de un perjurio, y del otro el de corroborar la eficacia de una deposición indigna. Así (fuera de la incapacidad de los testigos por defecto físico é intelectual), los defectos morales que privan del juramento al testigo, son aquellos en virtud de los cuales se presuma que puede esperar daño ó beneficio por su declaración. Y ante todo, en la jurisprudencia criminal debe tenerse presen-

te la máxima, según la cual nadie puede jurar en favor de sí ó de los suyos, lo mismo si se trata del acusado, que si se trata de sus consortes.

Es oportuno examinar ahora si el juramento se debe prestar antes ó después de la deposición. Por mi parte me inclinaría á la precedencia del juramento, ya que conviene que desde un principio se ejerza sobre el deponente aquel influjo que entraña y supone la solemnidad del acto que va á verificar, influjo que naturalmente no se había de verificar *à posteriori*, no siendo de esperar que bajo la acción que el juramento implica, se vuelva atrás, el que ya hubiera mentido, pues es muy difícil y peligroso desdecirse.

Me detengo particularmente en este punto, aunque no sea especial de la crítica (por referirse á la forma del procedimiento más que á la esencia de la certeza), para demostrar la importancia que yo, al igual que los prácticos, doy al juramento, como corroborante del estímulo natural hacia la verdad. Pero no obstante esta importancia, no se crea que el juramento es un requisito intrínseco ó esencial del testimonio válido; es sólo extrínseco y formal, como ya se ha indicado (XXII). En la crítica, independientemente de las contingencias propias del lugar y del tiempo, un testigo es *moralmente* idóneo desde el momento en que no tiene interés en mentir; todo lo demás sólo significa una exigencia

de carácter práctico y una cautela. A semejanza de la pena por el falso testimonio, la prescripción del juramento es un requisito encaminado á reforzar en lo posible la veracidad; pero ésta después de todo existe espontáneamente cuando no haya un móvil contrario favorable á la mentira, y la falta de este móvil contrario á la veracidad es ya de por sí, y sin más, suficiente para determinar y generar por virtud de una necesidad moral la certeza.

XXIV

De la pluralidad de testigos.

Entre los antiguos y modernos legisladores mantúvose del propio modo la necesidad de disponer ú ordenar que ningún hecho se tuviera por verdadero en justicia, cuando no resultase aseverado por dos ó más testigos. Semejante disposición, que se hace remontar nada menos que hasta Moisés, el cual por lo demás admite también las ordalías, mantenidas durante tantos siglos y admitidas en los hábitos de las gentes, llegó á ser tan poderosa y firme, que hubo de estimarse como una lógica necesidad y no como una conveniencia de carácter circunstancial y político; así, no hay tratado de jurisprudencia que no lo presente como indiscutible. Sin embargo, hay escritores (D' Arnaud,

Blackstone, Bentham, Meyer, Bonnier...) á quienes no parece lo de la pluralidad de testimonios un requisito esencial de la prueba testifical, habiendo también disposiciones legales (en Austria, por ejemplo) las cuales reconocen, si no en todos, en ciertos casos, una perfecta eficacia probatoria al testimonio ó declaración testifical, aun cuando ésta sea singular.

A pesar del valor y poder de la veneranda costumbre y de tantas y tantas voces sabias, no he podido afiliarme á la opinión según la que se ha de considerar como requisito esencial é intrínseco de la prueba testifical, la pluralidad, ó, cuando menos, que los testigos sean dos: no he podido en verdad, percibir su fundamento verdaderamente racional. Montesquieu pretendía dar una razón lógica diciendo: si no hay más que un testimonio, el aserto de una sola persona (el testigo) que afirma, y el de la otra que niega (el procesado), se eliden, y por tal modo desaparece toda prueba. Pero esta razón especiosa (rechazada por los mismos partidarios de la dualidad) no convence; pues si el procesado tiene un poderoso interés en mentir, y en cambio no lo tiene el testigo, podrá creerse á éste y no deberá creerse á aquél; en cambio, si el acusado fuese un hábil testigo, no sólo resultarían destruídos los asertos de dos, sino hasta los asertos de mil y mil testigos que depusieran contra él.

El número, pues, nada tiene que ver en este punto de la apreciación lógica. Lo esencial está en que el testigo esté adornado de aquellas cualidades ó dotes morales, intelectuales y físicas, que son del caso, y que depongan tan naturalmente que la convicción surja; ès preciso que haya podido y querido observar diligentemente y que manifieste de un modo veraz cuanto observó. Desde el momento mismo en que se presente y se tenga un testigo de esta clase y condiciones, haya uno ó bien haya hasta mil, no se tiene por ello una prueba mayor ni menor: se tiene la prueba. Los mil, en efecto, no hacen más que repetir lo que uno solo puede deponer, y si éste es fidedigno, éste solo vale tanto como los mil. Realmente, implica una estimación demasiado material de la certeza, eso de contar los testigos de modo que mil puedan hacer creer aquello que uno solo no puede, siendo además este criterio un rastro de aquel vicio de los antiguos doctores, en virtud del cual, sumaban las mitades, ó los cuartos, ó los octavos de prueba, recordando también la costumbre germana de los conjuradores, cuando era preciso un número dado de ellos para probar la inocencia.

No es posible, de hecho, salvar este dilema: ó cada testimonio separadamente, por sí mismo, está adornado de todos los requisitos que lo hacen

fidedigno ó no. En el primer caso basta uno solo; en el segundo caso no hay número, por grande que sea, que llegue á superar al testimonio aislado imperfecto.

Las razones en virtud de las cuales se quiere justificar cuando menos, la duplicidad de los testigos, son: que es menos fácil que dos personas quieran mentir; que aun queriendo, no es tan fácil que puedan (especialmente oídos por separado) ponerse de acuerdo para sostener la mentira; que, prescindiendo de esto, dos personas ven y observan la cosa mejor que una sola, por lo que es más difícil que se equivoquen; que, además, si no es posible que en el caso dado se ofrezcan exactamente todos los requisitos indicados (XXII) para la validez intrínseca, se suplen de un modo general... Mas todas estas razones, si bien pueden justificar prácticamente semejante solución de la prueba plural testifical, como medida legislativa, nunca podrán lograr que la pluralidad sea un requisito esencial é intrínseco (y por tanto imprescindible) de la referida prueba.

Por lo demás, los mismos partidarios de la duplicidad del testimonio le han inferido graves heridas, en primer término al admitir en ciertas circunstancias la singularidad (acumulativa), y luego al admitir siempre la confesión, la cual al fin y al cabo no es más que el testimonio de uno solo

(XXVI). Son curiosos los flagrantes absurdos que de esto se derivan. Si Julia confiesa haber cometido incesto con el padre, se tiene respecto de ella la prueba subjetiva y objetiva; y no respecto del padre, porque Julia está *confesa,* mientras su padre no puede estimarse *convicto* en virtud de un único testimonio. De este modo se quiere hacer creer nada menos que consta el incesto de la hija y no el del padre, siendo así que no es posible imaginar (ni puede existir) el delito de la una sin el del otro.

La particularidad de las instituciones y de los procedimientos penales puede exigir el testimonio doble, á manera de cautela en ciertos casos; pero es preciso cuidarse de exigirlo como condición indispensable en todos. Esto impediría determinadas condenas con daño y escándalo universal, lo cual, después de todo, ocurre ya en los países en donde impera el criterio de las pruebas legales. Téngase siempre en cuenta que el requisito de que hablamos no es más que un requisito extrínseco, del cual la ley y el foro deben prescindir, cuando de exigirlo resultase un obstáculo opuesto á la administración de la justicia.

Por lo demás, en mi deseo y afán de evitar todo equívoco, debo advertir de qué modo la prueba testifical concurre al presupuesto intento de probar tal y cómo fué el delito. Realmente, no ya un

testimonio, sino varios, pueden hacer falta; en definitiva, tantos cuantos sean necesarios en atención á los hechos particulares observados por cada testigo de por sí. Generalmente se dice: para probar un delito hacen falta dos testigos intachables. Por mi parte, diré: para probar un hecho basta uno solo, bien sea este hecho ó el material ó cualquier circunstancia del delito; más aún, cualquier circunstancia no criminosa que sea objeto del juicio. La deposición, sea del reo ó sea de terceros, no la considero según esto como limitada y encaminada únicamente al delito, sino referente á cualquier hecho criminoso ó no sobre que el juez se fije. Y así, declaro que se debe estimar como demostrada aquella esfera de hechos á que alcance un testimonio intachable. En su virtud, si el testigo asevera toda la ejecución del delito, basta su testimonio para probarlo; si sólo recae éste sobre una circunstancia, mientras otros se refieren á otras circunstancias, pueden ser necesarios varios testigos; pero cada uno, sólo prueba de un modo singular el hecho que testifica.

No ha de olvidarse, según he dicho ya y repetiré más adelante (X, XXXIX), que con una sola especie de prueba no es posible probar todo el delito en sus elementos morales y materiales, subjetivos y objetivos (cuando menos es preciso auxiliarse con algunas presunciones), siendo imposible,

claro es, que un solo testigo lo pruebe, con lo cual desaparece todo temor por los peligros que puede correr la inocencia. Realmente, es preciso reconocer que, aun cuando el testigo hubiera presenciado toda la material perpetración del delito, sin presunciones y sin indicios, no constará demostrado dicho delito.

Si una sola prueba *pudiera* demostrar los objetos todos de la sentencia, esa sola prueba bastaría. Las pruebas perfectas son dos, al fin y al cabo: testimonios y cosas; hasta donde lleguen las indicaciones que de ellas se infieren—ya respecto de todo ó de parte del delito—, hasta allí debe estimarse como probado. Un sólo testigo irrecusable que espontánea é inmediatamente alcanzase todas las circunstancias morales y materiales, subjetivas y objetivas, relativas al crimen (lo cual no será posible casi nunca más que para el reo), ofrecería, sí, la prueba perfecta. Pero se debe recordar á este propósito que, fuera de las presunciones, hay que añadir la contraprueba de la prueba; esto es, la prueba externa de la intachabilidad é irrecusabilidad; en rigor, es poco menos que imposible imaginar siquiera eso de que un sólo testigo (aun tratándose de la confesión) baste para demostrar un crimen.

XXV

De los vicios que invalidan los testimonios.

Para comprender de una manera breve y rápida los vicios que invalidan (ó lo que es más frecuente, hacen sospechosas) las declaraciones testificales, bastaría en rigor argumentar en sentido contrario acerca de cuanto queda expuesto sobre los requisitos esenciales de las mismas; pero bueno será que nos detengamos á hacer algunas consideraciones. Se dice que es preciso dar fe completa á todo hombre que no se haya equivocado ni quiera engañar; de donde resulta que los motivos que hacen inadmisible, ó lo que es lo mismo, le quitan su fuerza probatoria, á un testigo, deben distinguirse como provenientes de dos causas: la una involuntaria, la otra voluntaria; la primera dependiente de defecto en los sentidos ó en el intelecto, la segunda fundada en el interés de mentir.

Examinando en primer término los efectos de la primera causa, se advierte que son testigos inaceptables aquellos que, en virtud de ciertas imperfecciones permanentes ó temporales, resulta ó se presume que han caído en engaño. Pero lo mismo los defectos de los sentidos que los de la inteligencia, pueden provocar la presunción del

error ó engaño de un modo absoluto ó de un modo relativo. Un ciego no puede deponer sobre cosas vistas, ni un sordo de cosas oídas; pero sí pueden deponer ambos acerca de todo aquello que les sea dable percibir de otra manera. Un impúbero no podrá deponer sobre cosas sutiles y metafísicas, pero sí acerca de hechos comunes y materiales. Así, supongamos que un loco testifica acerca de cosas por él vistas ú oídas (ó quizá sufridas), y las cuales no constituyen ni se refieren de ningún modo á la idea fija ó al objeto predominante de su monomanía; ¿por qué no creerlo, si pericialmente se declarase que estaba en un intérvalo lúcido? Su incapacidad sería entonces también relativa. Ticio, por ejemplo, no tiene otra aberración que la de creerse un mendigo, siendo así que efectivamente es un rico; si me refiriese algo tocante á su pobreza, no podría, claro es, darle fe, sabiendo que tal es precisamente su flaqueza; si me hablara de un hurto que supone ha cometido, probablemente no se le podría creer, toda vez que el hecho de hurtar tiene mucho que ver con la mendicidad. Pero, en cambio, si fuese herido y dijera me hirió Fulano, ¿por qué no había de creerlo?

En rigor, paréceme que una exclusión absoluta decretada por la ley de ciertas personas como testigos, en razón de presuntas condiciones que las ponen en situación de engañarse fácilmente, limita

demasiado la libertad del juez. Como se ve por lo que va dicho en este capítulo, y por cuanto de toda la obra resulta, la inidoneidad es casi siempre condicional, y así ocurre que la mayoría de las veces los testigos *inhábiles* no son más que *sospechosos* (para usar una palabra corriente en la práctica); la *inhabilidad* sólo existe respecto de ciertos hechos, y si se presume, puede desaparecer en virtud de prueba contraria. Exclúyase, por ejemplo, un niño de la posibilidad de ser testigo; pero ¿por qué motivo se ha de suponer que un niño no puede haber visto robar, herir, al modo que un hombre maduro? Así, para evitar que ciertas exclusiones fáciles ó precipitadas favorezcan la impunidad, paréceme que, tanto la ley como la jurisprudencia que quisieran prefijar los cánones para aceptar ó rechazar un testimonio, deberían procurar determinar sólo las personas que se han de presumir verídicas y cuáles no, admitiendo, eso sí, con eficacia siempre la prueba en contrario. Me explicaré: el legislador ó el jurisconsulto deberían decir, no que el niño, el loco, el ebrio y demás no merecen fe nunca, sino que no se les debe dar cuando la presunción de su estado de error, no se desvanezca, en virtud del influjo de contrarias circunstancias ó pruebas.

Pasemos ahora á ver qué personas se presumen verídicas y cuáles no, bajo el aspecto de la cuali-

dad de sus facultades mentales y sensibles. Verídicos (supuesta siempre la contraprueba respecto de ellos) son todos aquellos que están libres de las imperfecciones que luego enumeraremos, y las cuales hacen presumir la mentira á quien las padece. Tales imperfecciones son ó físicas ó inte lectuales: las primeras provienen de defectos corporales, y las segundas provienen de defectos de la mente.

En virtud de imperfecciones físicas, nadie puede ser testigo de cosas para cuya percepción se requiere y exige el uso de un órgano ó de un sentido de que se carece ó se tiene impedido. Nace de aquí una exclusión completamente indeclinable respecto de los objetos no perceptibles, porque ningún ciego ni ningún sordomudo podrán jamás deponer acerca de cosas vistas ú oídas; pero en modo alguno puede ocurrir que la exclusión convenga en cuanto á los objetos perceptibles mediante los otros sentidos.

Las imperfecciones intelectuales que hacen presumir el engaño ó equivocación, presúmense á su vez de ciertos estados del hombre, tales como la menor edad, la embriaguez, la locura, la depresión de ánimo, añadiéndose indebidamente el sexo femenino, la edad avanzada, la sujeción á una guarda legal, etc., etc. Que el ebrio ó el loco no merecen crédito, si no en absoluto, á lo menos de

una manera relativa, respecto de aquello que vieren ó depongan en su estado de perturbación intelectual, cosa es que no exige demostración. En cuanto á la depresión ó turbación de ánimo, no sabría qué decir: realmente, corresponde al juez y al conocimiento pericial decidir en cada caso según las circuntancias particulares. Respecto de la edad, la naturaleza parece haber señalado como punto que distingue y separa la falta de madurez de la edad madura, la pubertad. Pero aquí se tiene que ir de presunción en presunción. El error ó engaño se presume en virtud del defecto mental; el defecto mental se presume á causa de la falta de madurez, la cual á su vez se presume á causa de la impubertad, y ésta, á menos de que se decida acudir en todo caso al examen médico especial, conviene presumirla del término medio de los años de edad, término medio que, naturalmente, varía según los climas, y que (por ejemplo) entre nosotros se fija á los catorce. Sin duda hay quien quiere subir la menor edad testifical á la contractual ó legal, esto es, á los veinte años; pero á mi parecer aun los mismos catorce resultan demasiado excesivos; en rigor bastan los siete, ó sea la edad en que por lo común termina la infancia. La misma etimología de esta palabra indica filológicamente aquel estado de la vida en que el hombre se considera que *no habla con sentido*.

Pero hablemos ya de la presunta falsedad, y la consiguiente repulsa de los testigos por su misma mala voluntad. La solución del problema que todo esto implica no es. en verdad, fácil; es preciso en primer término, recordar lo ya dicho antes (XXI): nadie se aparta de la verdad, si no tiene interés en mentir; este principio indica claramente que los testigos resultan inidóneos de sus relaciones morales con el fin del proceso. Los antiguos jurisconsultos suponían interesados en mentir, y de un modo absoluto, á los esclavos, á los infames, á los sordomudos, á las meretrices, á los infieles, á los correos, á los perjudicados... y otros más; pero bien se ve que esto no es lógico. Una norma general puede servir oblícuamente para aclarar qué personas pueden tener interés en mentir y qué personas, por tanto, se deben estimar incapaces de probar en tal respecto; esto mismo indúcese de la fórmula, según la cual, todo aquel que no espera daño ni beneficio de su deposición, es imparcial, y, en su virtud, es un testigo idóneo. Ahora bien, teniendo esto en cuenta, no se debe rechazar absolutamente del oficio de testigo á nadie por presunto daño ó beneficio; sino más bien convendrá decidir en cada caso concreto hasta qué punto es fidedigno el testigo. El correo, se dice, es un testigo inhábil; pero ¿lo será si no tuviera nada que temer ni esperar de su deposición?... Ticio

fué ya condenado por falsa declaración en juicio: ¿no se le va á creer jamás? La razón es peregrina sin duda: ¡como ha mentido una vez, debe mentir siempre! Lo lógico será examinar si esta vez le conviene ó no le conviene mentir.

Presupuesta la idoneidad del testigo desde el punto de vista de sus condiciones físicas é intelectuales, y limitado el examen de aquélla en cuanto á sus relaciones de interés ó de desinterés en mentir, esto es, á su idoneidad moral, se ve que esta última nunca puede resultar dominada por una absoluta ó abstracta incapacidad, como suponen casi todas las legislaciones y jurisprudencias sino pura y simplemente por una incapacidad relativa y circunstancial, en virtud del interés concreto que puede el testigo tener en simular ó disimular. y hasta donde tal interés pueda sobrepujar á los contraestímulos naturales, civiles y religiosos favorables á la verdad. Por todo esto, tal incapacidad varía necesariamente según los casos. Es preciso huir del prejuicio de considerar el testimonio enderezado simplemente al crimen, considerando más bien que aquél se dirige á una ó varias circunstancias, ya sea de disculpa, ya de inculpación, ya indiferentes. Dado esto, ante el testigo y su declaración, no puede menos de creerse todo aquello que no implique en él un interés en mentir, ya se trate de condiciones favorables al acusado,

ó bien de condiciones que no le favorezcan, rechazando, en cambio, en todo ó en parte la declaración (ya que, como se verá, el testimonio puede dividirse) en lo que de algún modo quepa suponer la existencia del interés indicado.

Un cálculo erróneo de los móviles impulsores del mentir, hace rechazar por inidoneidad, moral, en la función testifical, á tres clases de personas, que son precisamente aquellas que con más frecuencia se encuentran como espectadoras del delito, siendo, por tanto, las más útiles y necesarias para los fines de la justicia penal; esas personas á que aludo son: los *perjudicados*, los *parientes*, los *correos* Ahora bien, en mi opinión, se deben admitir, con la debida cautela, estas tres clases de testigos en la probatoria criminal; y teniendo en cuenta que he sostenido también que es admisible, según las circunstancias, la fuerza probatoria de un solo indicio, de un solo testimonio y de las presunciones, estas y otras facilidades semejantes compensarán las nuevas exigencias que, á nombre de la lógica, propongo para la certeza.

Empezando por el *perjudicado*, ó sea el sujeto pasivo del crimen, advertiré que en todo lo relativo á las circunstancias sin carácter criminoso debe ser creido, y que en lo relativo á las criminosas, sólo en el caso de que, ó no espere un beneficio de la condena (como cuando es inadmisible el resar-

cimiento), ó en el de que teniendo en cuenta su condición, su probidad sea tal, que no haya lugar á temer que trate de procurarse un lucro merced á la calumnia. La única coyuntura que al fin y al cabo hace inidóneo el testimonio del perjudicado, es la que resulta de su justa pretensión á procurarse un lucro lícito: la cual puede ser común á él y á cualquier otro testigo, y que por tanto no establece por sí misma una presunción general desfavorable y criminosa. Las circunstancias del hecho y sus cualidades personales disiparían toda sospecha si por ventura la hubiese; pero la parcialidad no se presume, ya que no cabe presumir que un hombre quiera procurarse un beneficio con la injusta condena de un semejante. Pero podrá decir alguno: el perjudicado está cointeresado en la condena, por cuanto espera la indemnización. — A lo cual respondo: no por ello tiene interés en mentir: antes bien, tendría interés en decir la verdad, si fué de veras perjudicado y aspira á ser resarcido. Y si se añadiera: ¿se trata, pues, de un testigo en causa propia? — Replicaré: en lo civil, sí; pero en lo criminal, no; ya que aquí la causa propia se refiere á una imputación penal, y no á un interés privado. Precisamente la doctrina del derecho privado fué la que introdujo en la jurisprudencia penal este como otros muchos errores, olvidándose, al efecto, distinguir lo que era especial

á cada una de las respectivas materias jurídicas. Por lo demás, la admisión del perjudicado en la función del testigo se acentúa favorablemente cada día; lo cual ciertamente no sucede con los parientes y con los correos.

El vínculo de consanguinidad y afinidad en los grados más próximos, existente entre el procesado y los testigos, impide de ordinario á estos últimos deponer en el juicio. Si la exclusión esta se funda en consideraciones de moralidad ó de piedad, prefiriendo la ley dejar impunes á algunos criminales antes que destrozar los lazos de familia, es preciso aplaudirla; pero si lo hace por motivos de crítica, hay que censurarla. En este último respecto habría que negar fe á los parientes, en la presunción de que el efecto que tengan por el acusado puede inducirles á mentir; pero esto es verdad, no sólo de los parientes, sino de los amigos y de los deudos, siendo lógico, según esto, excluirlos á todos. Realmente, esta razón nunca valdría sino respecto de aquellas circunstancias afirmativas que disculpan al pariente, no para las de inculpación ni para las indiferentes; y respecto de las primeras sólo cuando otros afectos no se opongan al de la sangre, ó simplemente la probidad y el consiguiente estímulo de decir la verdad.

Queda, pues, en pie tan sólo esta duda: si el afecto por el pariente puede ser tan fuerte que llegue

á inclinar hacia la mentira respecto de una circircunstancia dada de disculpa. Para todas las circunstancias indiferentes, ó bien, en los casos de disculpa ó de circunstancias favorables, cuando aquella duda desaparece en virtud de contrarias presunciones é indicios, el testimonio de los parientes debe ser válido.

De igual manera se debe considerar el testimonio de un correo: ¿tiene éste ó no tiene interés en mentir? He ahí todo. ¿Se le ha prometido impunidad en caso de que haga revelaciones? ¿Se goza de tener compañeros en la vergüenza y en el castigo? ¿Espera de cualquier modo beneficios inmediatos ó mediatos?... Si se respondiera á estas cuestiones de un modo afirmativo, entonces tiene interés en mentir; no puede, pues, dársele fe. Estos eventos pueden presentarse tanto con relación á un correo cuanto respecto de cualquier otro testigo, debiendo siempre ser eliminados, bien por pruebas, bien sea mediante presunciones; de donde resulta que no debe haber temor alguno especial porque se admita y se aprecie el testimonio de un culpable.

Y sin embargo, tal temor hace, no sólo rechazar y no apreciar la declaración relativa al compañero hecha por el correo, sino la deposición en general de cualquier hombre que sufre ó haya sufrido una pena, especialmente por delitos de falsedad, de calumnia, de perjurio ó por grandes crímenes,

considerando que no merecen fe personas tan perdidas. El temor no deja de tener cierto aspecto razonable: se duda, en efecto, de que el miserable ó malvado pueda amar la verdad y profesarla; pero si esto puede constituir la base de una presunción de falta de veracidad de parte de los condenados, se trata no más que de una presunción que puede caer por tierra ante argumentos contrarios. Supongamos que un individuo haya sufrido una condena, pero hace ya mucho tiempo, y que en cambio haya dado pruebas evidentes de arrepentimiento, ó bien que declara una cosa que, lejos de favorecerle, le perjudique..., sería preciso darle crédito. Pero me apresuro á prevenir una grave objeción y es la siguiente: si, según mi teoría, ningún hombre es absolutamente incapaz de dar su testimonio por razones morales, pues esto es relativo, circunstancial y propio de cada caso en particular, ¿cómo podrá el legislador determinar cuándo se ha de creer ó no á los testigos, cómo refrenar el arbitrio del juez y cómo garantir la inocencia?...

Ahora bien: ó la sentencia se pide á jurados populares ó se pide á funcionarios oficiales. En el primer caso, al igual que para las demás pruebas, no caben reglas obligatorias, bastan simples advertencias; el legislador puede, pues, limitarse en sus instrucciones á sancionar desde luego el prin-

cipio general de que *se debe creer á quien quiera que no tenga interés en mentir,* indicando los corolarios principales que de ahí se siguen. La jurisprudencia supliría la obra legislativa, y el jurado con las normas de una y otra, y principalmente merced á la experiencia diaria de la vida, sabrá decidir á quién creer y á quién dejar de creer. En el segundo caso, la misión del legislador será sin duda árdua, y por decirlo así, será siempre imposible de llenar de una manera completa. En este como en todos los demás puntos de este Tratado, paréceme clarísima la invencible dificultad que el legislador encuentra para determinar cánones por sí invariables en materias tan variables de suyo y que tiendan necesariamente á huir de aquel verdadero lecho de Procusto que todo artículo de una ley supone. Sólo hay un remedio: hacer que estos cánones sean lo menos cerrados y limitativos que posible sea. Entonces aumentará, es verdad, la libertad del juez; pero hay que elegir entre ella y el absurdo. Si es una necesidad ampliarla es preciso inclinarse al jurado, ó en todo caso se debe desear un cuerpo de jueces, no sólo ilustrados y probos, sino también independientes en grado sumo.

Puesto que en la jurisprudencia se conoce la distinción entre testigos *incapaces* y *sospechosos,* en lo referente á la inhabilidad proveniente de un

modo especial de las relaciones morales, el legislador podrá declarar sospechosos á aquellos contra los cuales exista una presunción de falta de veracidad: tales serían (por ejemplo) los condenados, los correos, á no ser que mediante pruebas ó siquiera en virtud de otras presunciones contrarias, se desvaneciera la sospecha indicada. En tal supuesto, á los testigos sospechosos no se les daría fe sino cuando cesara la presunción desfavorable y á los capaces ó *intachables,* por el contrario, se les rechazaría cuando cesase la presunción favorable á su veracidad.

XXVI

De la confesión.

La *confesión* es en definitiva una *declaración,* un *testimonio,* para algunos *clásico,* para otros sospechoso, según los puntos de vista diversos desde los cuales se considera. Para mí la deposición judicial del reo no es ni más ni menos que la de cualquiera otra persona; por lo tanto, está sujeta á las mismas reglas. Sin embargo, en cuanto admite el delito, en cuanto es confesión, en su propio y peculiar sentido, constituye un acontecimiento en sí grave que merece especial consideración.

Se llama confesión á la *revelación de un delito*

por su autor; tal revelación es, ya completa, ya incompleta, según que se refiere íntegramente al delito ó tan sólo á alguna de sus circunstancias. Ticio revela haber matado á Cayo por su propia y voluntaria decisión: se halla, pues, confeso de homicidio; mientras que si declara que le ha herido tan sólo ó que ha estado junto al cadáver resultará simplemente confeso de una circunstancia del homicidio mismo.

Ahora bien, el que depone acerca de un delito por él cometido, al fin y al cabo no es más que un testigo; pero entre un testigo autor y un testigo espectador, ¿qué diferencia hay respecto de la eficacia probatoria? ¿Cuál de sus dichos se tendrá como verídico y en su virtud á cuál se atenderá preferentemente para formar la certeza? — Indicado el carácter de testimonio en la confesión, se infiere que ésta se debe regular según los principios mismos de aquél. Si se ha de reputar verídico y capaz de inspirar la certeza cualquier testigo que no haya podido engañarse por defecto de sus facultades físicas ó intelectuales, ni quiere engañar por interés en mentir á causa de amor, de odio, de esperanza ó de temor, igualmente se ha de considerar y se ha de juzgar veraz y capaz de inspirar certeza á un reo confeso cuando reuna idénticas condiciones.

Prescindiendo del examen de las causas físicas

é intelectuales que hacen idóneo al que confiesa, en razón de la posibilidad de equivocarse, puesto que ya se ha tratado de ellas en el capítulo precedente, y son comunes á testigos autores y espectadores (XXV), nos detendremos especialmente en el estudio de las causas morales que quitan la veracidad y la prueba á un confeso en virtud de su voluntad sospechosa de engaño. Antes de esto, ya he formulado, por lo demás, el principio: *todo hombre provisto de la facultad de sentir y de entender debe reputarse veraz mientras no tenga interés en ser mentiroso.*

Los motivos de donde se infiere este interés, y los cuales, cuando se manifiestan claros y potentes, provocan la presunción de la falta de veracidad, son los siguientes:

I. El *afecto* hacia la persona en cuyo favor se declara.

II. El *odio* hacia la persona contra quien se declara.

III. La *esperanza* de un bien como resultado de la declaración.

IV. El *temor* de un mal proveniente de la misma.

Lucio, padre de Mevio, declara que éste no ha cometido el crimen que se le imputa; su declara-

ción se presume idónea, por el *amor* paterno, que naturalmente puede vencer y seducir y el instinto y el deber de la verdad. En cambio, si Pablo, enemigo manifiesto de Tulio, le atribuye una culpa, su declaración de inculpación es sospechosa, porque se teme que esté inspirada en la pasión perversa. Si, en otro caso, Julio, que heredará á Tito inmediatamente que muera, le imputase un crimen capital, su testimonio puede presumirse inválido, puesto que espera una gran *ventaja* del mismo; del propio modo no sería válido el testimonio de Sergio, cómplice de Sabino, y el cual para favorecer la propia *impunidad,* negase el delito de este último.

Examinando ahora cuáles de estos motivos concurren en la confesión y qué efectos resultan, debe observarse que *el afecto y el odio hacia la persona á cuyo favor ó en contra de quien se declara se refieren al mismo que testifica.* La persona, pues, amada ú odiada, es la misma del testigo; por tanto, no hay que decir que desde luego desaparecen los dos motivos del odio y del afecto, que hacen vicioso el testimonio de los terceros, ó bien se confunden y reducen á los dos del beneficio ó del daño propios de aquel mismo que declara.

Los dos motivos que, en vista de esto, pueden presentarse y convertir en inidóneo el testimonio del reo, son: la *esperanza de un bien,* si le es favo-

rable; el *temor de un mal,* si le es contrario. Así, siendo el testimonio de inculpación ó indiferente, es creible; pero no lo es cuando sea de disculpa.

La deposición del acusado afirmativa de su delincuencia, esto es, la confesión, teníase en otros tiempos como la mejor de las pruebas, la única, después de todo, capaz de someter al reo á la pena ordinaria; de ahí los engaños, las traiciones, los artificios, los tormentos para lograrla. Lo cual era la natural consecuencia de un estado de atraso; en las tinieblas de la ignorancia, ante la falta de un convencimiento lógico, los jueces, involuntariamente crueles, se aquietaban sólo con la confesión, con la inculpación, con la condena que el reo mismo pronunciaba contra sí, haciendo recaer la responsabilidad del fallo sobre él, considerando que al deshonrarse de ese modo hacía como si legalmente se suicidase.

Ahora las cosas pasan de otro modo, y se cae en el extremo opuesto. La mente humana, enorgullecida con los silogismos sutiles, y al propio tiempo más respetuosa con los derechos personales inviolables, busca en fuente distinta de la confesión del reo la convicción de su culpabilidad. Y en este punto se llega, no sólo á procurar que nadie se denuncie á sí propio (¡deseo humano y justo!), sino que se querría hasta suprimir por completo de los medios probatorios de la confesión, no prestándole

así fe alguna. De esta opinión son dos principalísimos legistas italianos; Filangieri y Carmignani, los cuales la defienden con argumentos tan especiosos como vanos.

En mi concepto, proscribiendo la confesión, se desarma injustamente y sin razón alguna el poder penal, que con ella tiene medio muy adecuado para llegar al conocimiento de los delitos y de los delincuentes (sobre todo en cuanto á las ocultas circunstancias y á los misterios inaccesibles del alma), hasta el punto de que si se hiciera una estadística acerca de las sentencias dictadas con el auxilio principal ó subsidiario de las confesiones, se verían éstas en número tal, que no podría prescindirse de ellas sin suscitar alarma ó peligro en la seguridad pública. Paréceme, además, que lo que respecto de la confesión ocurre, proviene de los parciales y exclusivos intereses relativos á ella, cual si la confesión fuese una prueba peculiar y privilegiada, y no más bien algo así como un aspecto y parte de un testimonio cualquiera.

¿Qué es, si no, el testimonio ó deposición testifical?—Es la referencia ó relato de un hecho, y, en lo criminal, el relato afirmativo ó negativo de hechos relativos á un proceso penal. Y lo defino así, porque la declaración, no sólo puede referirse al hecho, ó mejor, á aquel conjunto de hechos constitutivos del delito, sino también á todos los hechos

que lo confirman ó rechazan, ó bien modifican. Ahora bien, que el testimonio declarativo provenga del reo, ó bien de la víctima, ó si se quiere de un tercero, es indiferente. La misma regla general vale para todas las especies de aquél, regla por lo demás común también al derecho civil, y que por esto no se debe interpretar tan estrictamente, á saber: vale el testimonio en cuanto no sea favorable á quien lo pronuncie.

El testimonio del procesado, pues, puede ser en su beneficio ó no; en el primer caso se rechaza, en el segundo llámase *confesión,* y se acepta. Puede el testimonio darse de modo que sea en parte beneficioso y en parte perjudicial; entonces se divide, como ya se dirá (XXVII). La certeza que resulta de un testimonio del reo perjudicial para él, ó sea de la confesión, tiene su fundamento en aquello de que *nadie miente para perjudicarse.* Sin duda advertirán algunos que, además de no mentir, tampoco nadie testifica la verdad cuando puede venirle por ello perjuicio. Mas no siempre resulta esto, y la existencia de muchas confesiones es una prueba de hecho é incontestable; entraña una refutación del aserto según el cual nadie se labra la propia desgracia.

Añádese, sin embargo, que si bien tales confesiones ocurren, son éstas verdaderamente excepcionales, no debiendo dárseles valor alguno; por-

que contra la naturaleza, contra el estímulo irresistible del amor propio, nadie va, á no hallarse ó loco ó equivocado ó comprado.

Que puede ocurrir el que por locura ó error ó venta, ó por cualquier esperanza ó temor, haya quien se confiese reo, ya lo sea, ya no lo sea, es cosa indudable; é inmediatamente que esto se probase, presumiese ó sospechase, inmediatamente perdería la confesión todo su valor. Pero esto no siempre sucede así; no siempre son los confesos locos, maniacos, ilusos ó corrompidos; más bien esto es lo raro, pues nunca se ofrece el caso prácticamente; por supuesto, desde el momento en que los confesos no sean tales ilusos, locos y demás, sus deposiciones serán verídicas y comprobatorias. Realmente, no sólo la enfermedad ni el engaño ó lucro tan solo, pueden servir para persuadir á uno á hacer una verdadera ó falsa imputación de sí mismo; hay además otros muchos motivos, algunos de ellos de alto precio, verbigracia, un poderoso impulso de la conciencia, la fascinación producida acaso de un modo irresistible por la verdad, la vergüenza de la mentira, el temor de otro daño, el arrepentimiento, el deseo de evitar un peligro mayor, el deseo también de expiar la culpa ..... Esto aparte de que á veces concurre un cúmulo tal de circunstancias y de argumentos, especialmente presentados por un inquisidor hábil

en un interrogatorio lógico y ceñido, que el culpable no tiene más remedio que rendirse y entregarse como bajo el peso de necesidad irresistible é inevitable.

La posibilidad de una confesión mentira, aunque sea de admisión, nos lleva á fijarnos en la cautela y cuidado con que es preciso proceder para aceptarla. No basta una confesión de medio probatorio, y sin más, para afirmar y contar como probado un hecho, cuando no se hubiese disipado toda duda acerca del mismo. La nota de verosimilitud es la que en ella sugiere la validez de la prueba; y si falta, quiere esto decir que la prueba no reune aquellos requisitos que son necesarios para estimarla intrínseca y esencialmente perfecta.

Vale la pena fijarse ahora en los vicios que también puede concurrir en la confesión. La mentira ó falsedad de ésta es voluntaria ó involuntaria desde el punto de vista del autor: es *voluntaria*, cuando por vanidad ó jactancia, por mercedes ó por cualquier otro interés quiere el confesante ser tenido como reo (lo que puede ocurrir hasta en los mismos crímenes capitales): *involuntaria* es cuando por ignorancia ó por locura cree el autor de la confesión haber cometido un crimen, y así lo declara, á pesar de no haberlo cometido en realidad. La confesión es, por otra parte, *parcial* (ó sea incompleta) cuando no testifica el hecho tal cual ha

ocurrido, ya por virtud de omisión de ciertas circunstancias de inculpación (negación del dolo), ya por omisión de las contrarias de disculpa, ya simplemente por no poner de manifiesto las circunstancias agravantes ó atenuantes. He aquí ejemplo de todos estos casos de confesiones:

Julio se encuentra con que su mujer le falta: indígnase y se exalta ante su vergüenza, y ante el temor al desprecio público, desearía desafiar y matar al adúltero; pero le falta corazón, y se reconoce además como muy inferior á él en el manejo de las armas. Ocurre que este adúltero aparece muerto, y se cree como cosa natural que nadie absolutamente, á no ser al desesperado marido, podría convenir y satisfacer semejante muerte. Julio acoge y acaricia el rumor que en tal sentido se propaga, porque estima que ese rumor lo levanta ante la pública opinión; trátase al fin para Julio de borrar una mancha de vileza y de echar por tierra un ridículo, sin exponer por ello para nada la vida; ha de elegir entre unos pocos años ó meses de prisión no infamante y una libertad que le deshonra. ¿Qué hacer?—Julio se presenta ante el tribunal, y se acusa de haber matado al amante en duelo..... He aquí una *confesión voluntariamente falsa por vanidad*.

Neo, enmascarado, hiere alevosamente de noche á un enemigo suyo; sabe que éste sospechará in-

mediatamente de él, en virtud de la manifiesta enemistad que entre ambos existe, y que á la vista de este indicio se procederá desde luego en contra suya; se le ocurre entonces la idea de desviar la acción de la justicia; nada mejor para el caso, piensa, que echar la culpa á uno de sus esclavos. Acude á éste y le dice: «es preciso que declares que tú mismo le has herido, y si así lo haces, te daré una hacienda suficiente para que puedas vivir tú y tu familia.» Ante tal perspectiva de futuro bienestar y de riqueza, el esclavo acude al tribunal y exclama: «yo soy el que le ha herido, castigadme á mí.....»—En este ejemplo tenemos una *confesión voluntariamente falsa por mercedes.*

Ticio es un pordiosero que por más que hace no es capaz de lograr con que poder vivir; no tiene techo donde cobijarse, ni telas con que cubrirse..... pero el frío aumenta..... En la prisión á lo menos se está bien alimentado, bien vestido, bien acomodado; la caridad que se le ha negado en sus peticiones inocentes, no se niega jamás á los delincuentes. Desesperado ya, piensa en la comisión de un delito que no provoque sobre él una pena demasiado severa; un hurto, por ejemplo, que procura seguramente una celda templada, una comida abundante y un vestido fuerte, de abrigo, durante los cinco ó seis meses de la estación invernal. Firme en este propósito, Ticio, el mendigo,

tropieza con los esbirros y les dice: «sé que buscáis al autor del hurto hecho á Fulano; no quiero que os canséis en pesquisas mal llevadas y que molestéis á Dios sabe cuántos inocentes en lugar del reo; yo soy el que buscáis; confieso desde luego mi delito y me duele haberlo realizado; conducidme, pues, al tribunal.....»—He ahí una *confesión voluntariamente falsa por interés*.

Sobre las aguas de un río, batido por las movidas corrientes, flota el cadáver de un niño. De público se dice que el niño aquel era de Matilde, afirmándose que ella misma lo ha ahogado. Movida por el efecto de la acusación pública y por el propio arrepentimiento, acude aquélla ante el juez, y dice gimiendo: «ese niño, sí, ese niño es mío, es mi víctima.» Pero ocurrió que el niño era cadáver ya cuando saliera del seno materno; de suerte que la madre, al lanzarlo al río, no había hecho otra cosa más que dar sepulcro á un..... muerto. No existía, pues, delito alguno, y sin embargo, la madre se acusaba de infanticidio.....—He ahí una *confesión involuntariamente falsa por ingnorancia.*

Tulio, un monomaniaco, cree haberse casado de nuevo, aun estando viva su mujer. Se le dice por todos que, en efecto, no se ha casado esa segunda vez á que se refiere; y proclama en la plaza pública y declara ante el tribunal su bigamia, que

por fortuna no se admite como cierta tan fácilmente.....—*Confesión* es esta *involuntariamente falsa por locura*.

La confesión parcial ó incompleta parécese á la falsa, diferenciándose tan sólo en que no es falsa totalmente, sino en parte. Manlio mata á un Fulano por venganza, y confiesa haberle muerto en virtud de acción defensiva. Viceversa, Tito hiere mortalmente á otro obrando en defensa justa, y se declara homicida sin más; esto es, sin alegar el motivo que le eximiría de toda responsabilidad penal. La *confesión* de Manlio es *parcial por omisión de la circunstancia de inculpación*, mientras que la confesión de Tito lo es por *omisión de la eximente*.

Publio confiesa haber estuprado á una menor; pero niega haber empleado la violencia; Mevio, en cambio, se declara homicida, dejando de exponer las tremendas injurias que antes le dirigiera su víctima. La primera de estas dos confesiones es *parcial por omisión de circunstancias agravantes;* la segunda lo es por *omisión de circunstancias atenuantes*.

Las dos últimas formas de omisión difieren de las primeras en que aquéllas sólo implican un aumento ó una disminución de la responsabilidad penal, mientras las otras suponen tal responsabilidad completamente ó bien la rechazan en absolu-

to. Todas las cuatro formas de las confesiones parciales ó limitadas pueden además serlo, bien sea voluntaria, bien sea involuntariamente.

En virtud de esta posibilidad de las confesiones en todo ó en parte falsas, la obra del juez es en rigor muy difícil é intrincada; antes de aceptar como buena ó verdadera una confesión, el juez debe con el pensamiento, al modo como hace con cualquier otra prueba, eliminar, merced al auxilio que le puedan prestar al efecto las presunciones ó las demás pruebas (directas é indirectas), las mismas posibilidades que debiliten la confesión. Con este proceso eliminatorio llegará ó podrá llegar á aquel punto, ó situación, ó principio, desde el cual el ánimo tranquilo y firme, y seguro de sí propio, puede decir, como en toda otra prueba personal: *este hombre observó exactamente todo lo que depone; depone además todo lo que observó; no ha podido engañarse, ni quiere engañar*. Bien sé que semejante grado de perfección, semejante esencia del verdadero testimonio, al fin y al cabo se razona y alcanza en virtud de un encadenamiento de presunciones; bien sé también cuán ancho campo queda al error; pero después de todo, esto es propio de todas las obras humanas.

XXVII

De la división de la confesión y de las demás pruebas testificales.

Compete al criterio del juez apreciar en su modo propio los medios probatorios, su fuerza demostrativa, aunque no sea más que aparente. Dividir una confesión, un testimonio ó cualquiera prueba, es aquel acto mental merced al cual sólo se tiene por demostrada una parte del objeto á que la prueba se refiere, ó bien sólo se admiten ciertos efectos de un medio probatorio dado. Supongamos la confesión de Mevio acerca de una muerte casual: si el juez acoge ó admite tan sólo una parte de la confesión (la que declara la muerte) y no el resto (la del elemento de casualidad), es que presume puede demostrarse el dolo de otra manera; en este caso, la eficacia de la prueba confesoria queda dividida, ó lo que es lo mismo, en este caso se verifica una división de prueba.

Nótese que la muerte sin la confesión de Mevio no resultaría averiguada, y que, además, una vez admitida la prueba del dolo, puede surgir ineludiblemente en virtud de otras circunstancias. Explicaré el supuesto á que aludo con un ejemplo. Y pido excusa por el empleo tan frecuente de ejem-

plos; obro así porque me parece el mejor modo de poner en claro las cosas ante el lector, por más que reconozco de qué manera se interrumpe el hilo de la argumentación y hasta dáñase la dignidad de la exposición. Supongamos, pues, que el proceso intentado contra Mevio no arroja de si más que estos datos: confesión del mismo de haber envenenado (pero erróneamente) á tal hombre, existencia del cadáver de éste con trazas ó síntomas de la intoxicación, gentes que declaran la muerte por envenenamiento, vehementes indicios de mortal enemistad entre el envenenador y el envenenado, presunción fuertísima de inverosimilitud de una muerte accidental. Aunque el envenenador alegue el caso fortuito, la desgracia, el accidente, los jueces aceptan su confesión respecto del hecho material del envenenamiento (ó sea del hecho de haber propinado el veneno), rechazándola en cuanto á las expuestas disculpas, y condenando en su virtud al reo.

Semejante división ó desmembración de una prueba, es una consecuencia del principio, según el cual, ninguna prueba vale si es contradicha por otras. En virtud de la reunión de los datos presentados, surge, al fin, la certeza de un envenenamiento doloso. De hecho, las pruebas de inculpación se aceptan y admiten porque no resultan contradichas ante la fuerza propia de los indicios

de la enemistad y de los odios capitales manifiestos, de la presunción fundada en el mismo orden natural de las cosas, ya que, en efecto, un envenenamiento verificado ó presentado en las referidas circunstancias, y en tales modos, no suele ocurrir por casualidad.

Mas podría objetarse acaso diciendo: por la razón misma por la cual la disculpa se estima contradicha en virtud de los citados indicios, deben estos indicios estimarse contradichos en virtud de la fuerza de aquélla; y así, neutralizadas las pruebas favorables y desfavorables, todas deben perder su eficacia. Esta objeción posible nos lleva á recordar nuevamente el carácter propio de la confesión: vale ésta, se ha dicho, sólo en perjuicio y no en favor del autor, porque nadie puede probar en pro de su causa. Y no resulta por esto rebajada la condición del confesante, porque la sentencia se dicta sólo cuando la confesión dividida coincide con otras pruebas. En el caso indicado, si el cuadro del proceso, si lo actuado, en suma, no ofreciese más que la confesión de Mevio y el hecho comprobado del cadáver y del veneno, el tribunal, aun sin admitir la parte favorable de la confesión, no puede decidirse por la existencia del crimen, porque le falta la prueba de uno de los extremos del mismo, á saber: la prueba de la intención dañada. Pues si nadie, en verdad, puede

ser testigo en causa propia, lo que en materia criminal vale tanto como en favor de uno mismo, todos están asistidos por la presunción general de la inocencia, que por esto no es preciso defender más que cuando cae por tierra bajo la acción contraria de pruebas perfectas.

La razón misma en virtud de la cual se afirma que las pruebas contradichas ó *contraprobadas* se hacen ineficaces (esto es, dejan en rigor de ser pruebas, ó no lo son sino aparentemente), induce y mueve á dividir toda prueba personal (los testimonios á que nos referimos) desde el momento en que se averigüe ó muestre tal *reprobación* con relación á una parte de ella.

En cuanto á las pruebas reales la cuestión de la divisibilidad no se presenta, puesto que no puede presentarse respecto de ellas una real contraprueba necesariamente; y cuando se ofrece una contraprueba personal (que no puede ser más que aparente), resulta vana ante ella, ante la realidad. La contraposición de la contraprueba personal frente á la real, se presentaría, por ejemplo, en el caso siguiente: en el cuerpo de Pablo hay una herida mortal, y sin embargo, dos testigos declaran que no le fué inferida más que una ligera rozadura. *Ante el hecho, el dicho se anula:* el Juez, guiado por su misma *inspección,* declara el homicidio ó la lesión grave, sin cuidarse de un testimonio

que debe ser absolutamente falso, aunque por acaso se ofrezca con la apariencia de perfecto.

Ocurre á veces que las diferentes partes de una misma deposición, ó varias deposiciones, se contradicen entre sí. Esto indica que una ú otra de esas partes, ó una ú otra de esas deposiciones, en absoluto, son esencialmente falsas, y que los requisitos de veracidad no fueron plenamente demostrados por ellas. En ese caso lo que conviene hacer es prescindir de aquella de entre ellas que, por no resistir á la contraprueba ofrecida por los nuevos datos descubiertos, resulte que no reune los requisitos legítimos más que de un modo aparente.

Puede ocurrir también á veces, y el caso no es ciertamente difícil, que una deposición sea rectificada (retractación); esto es, que una misma persona declare en juicio primero una cosa que después, en otra declaración, niega; ahora bien, en este supuesto, ¿cómo debe proceder el Juez? ¿Qué prueba sacará? ¿Qué creerá? Consta la existencia de un hurto, sospechándose que es su autor un individuo dado, el cual se confiesa reo en una indagatoria preliminar. Llevada adelante la instrucción, en las declaraciones posteriores se desdice de la anterior confesión. Y si se quiere, en lugar del procesado supongamos un testigo, y aunque sea un perito, que se retractase de la propia suer-

te: ¿qué fe se dará á sus diferentes declaraciones contradictorias? ¿Se admitirá la primera, ó la segunda, ó ninguna de ellas?...

Será, sin duda, conveniente facilitar ó aclarar con algunas distinciones la resolución de tal cuestión; por de pronto no cabe dar una respuesta genérica fundada en el orden cronológico de las revelaciones. Es preciso preguntarse: ¿favorecen los intereses de sus autores las primeras ó las segundas deposiciones?... ¿Resultan más verosímiles ó comprobadas (esto es, avaloradas, ó en armonía y correspondencia con otras pruebas) aquéllas ó éstas? ¿Existe y se ve ó no una razón convincente de la retractación?...

Ahora bien, cuando quiera que una segunda deposición desmiente otra anterior, si es menos favorable que la primera al interés directo ó indirecto de quien las hace, se tiene presente una cosa más probable que la primera rectificada; y si á la vez resulta que está más en armonía con las pruebas ó con indicios concomitantes... será preciso estimarla como verdadera; en el caso contrario, la presunción de veracidad toma su rumbo en favor de la primera declaración.

En general, la contradición en las partes de un testimonio ó bien entre varios testimonios, suscita inmediatamente una sospecha de inidoneidad; sospecha que es necesario disipar mediante nue-

vos hechos ó nuevos razonamientos. Los mismos requisitos esenciales del testimonio *clásico* implican, por lo demás, la necesidad de rechazar aquella parte de un testimonio, ó el testimonio por entero, que no los reuna, ó que al menos se presume que no los tiene.

XXVIII

De la prueba perfecta testifical.

De todo lo expuesto resulta que los requisitos que hacen presumir verídico un testimonio (XXII), son, en suma, los siguientes: primero, en cuanto al que lo presta, la capacidad intelectual y física para observar y manifestar lo observado, y el desinterés respecto de la mentira; segundo, en cuanto al modo de prestarlo, la originalidad, la integridad y la prestación en juicio. Cada testimonio ó declaración que reviste en todo ó en parte semejantes requisitos, hace, pues, prueba plena para todas ó para algunas circunstancias siendo en tal supuesto prueba perfecta. Sin embargo, la legislación y la jurisprudencia suelen exigir otros muchos requisitos; pero en general éstos no se derivan más que de la actuación práctica de la teoría que suponen, ó bien de consideraciones políticas y morales, cuando no se derivan de erróneas creencias y razonamientos equivocados. El

carácter de *judicial* que la confesión debe tener, es, sin duda, necesario, como garantía que es para la segura existencia de los demás extremos y condiciones que la hacen de un valor probatorio y demostrativo. Por otra parte, cuando se habla de cada medio probatorio, perfecto ó no, se parte siempre del necesario supuesto de su presentación al alcance de los sentidos mismos del juez, ya en si y tal cual es, como original, ya como copia, bien de un modo inmediato, bien de un modo mediato.

Es requisito esencial, sin duda, que la deposición sea *libre*, esto es, que no sea obtenida mediante violencias, amenazas, promesas, engaños; pero si bien se mira, la libertad va implícita como exigencia en el requisito de la falta de interés en mentir, toda vez que las violencias, las amenazas, las promesas, colocan al deponente en situación de interesado en mentir, y en su virtud lo hacen sospechoso. En cuanto á los engaños, trátase de una especial recomendación dirigida al juez, el cual debe saber que no puede obtener la verdad por medio de fraudes y mentiras. Corresponde al legislador prohibírselo y castigarlo en su caso; realmente, desde el punto de vista de la crítica en que aquí nos encontramos colocados, se parte del supuesto según el cual los medios de investigación implican la verdad y no la falsedad.

Tampoco, en virtud de esto, será preciso añadir que la declaración sea clara y no confusa, afirmativa y no dubitativa, justificada y no gratuita, narrativa y circunstanciada y no de simples afirmaciones, pues de no reunir éstas diversas cualidades, no sería perfecta; un testimonio en el sentido que aquí lo tomamos, y es el verdadero sentido que á tal palabra corresponde, quiere decir, al fin y al cabo, *una narración precisa, segura y particularizada de hechos ocurridos á presencia del mismo narrador.*

Es preciso ahora examinar qué valor tienen un testimonio, una confesión, un dictamen pericial, verbales ó escritos, cuando han sido *sugeridos,* y si tal valor es idéntico al que tienen cuando son *expontáneos.* En otros tiempos concedíase al juez, no sólo los medios de sugestión, sino también los de engaño y los tormentos; andando los tiempos, se ha producido otro principio regulador, según el cual hasta las mismas sugestiones se prohiben. Es preciso, pues, distinguir y no decidirse precitadamente rechazando de plano.

Quien se halle fuera de los tribunales puede decir fácilmente: no se debe acudir al empleo de las sugestiones ni buenas ni malas. Pero si el tal ocupara el escaño del que tiene que indagar, cambiaría pronto de opinión al convencerse de lo difícil y complicado, cuando no imposible, que es verificar

un examen sin acudir de algún modo en auxilio y ayuda de la memoria y de la inteligencia del examinado.

Suele éste ser de hecho desconocedor de las razones en virtud de las cuales se le examina y de las circunstancias del objeto útiles y necesarias al juez, siendo á veces además temeroso é inclinado á callarse, bien sea por piedad, bien sea por miedo, de memoria frágil y tardo en la expresión de sus ideas, y así resulta muy raro que el declarante narre exacta y completamente el hecho sin que el interrogatorio acuda en su ayuda. De todo lo cual se infiere que, en tal caso, si se quiere indagar y proceder, es preciso coadyuvar á la obra del interrogado, mediante indicaciones recordatorias, sugestiones adecuadas, que para distinguirlas de las que no pueden admitirse, llamaré *lícitas*. Pero en rigor, ¿cómo distinguirlas?; y ¿cual es el límite que separa las lícitas de las ilícitas?..... No es posible dar una respuesta absoluta y general; más bien, el indagador debe en cada caso particular juzgar cuáles son admisibles y cuáles no lo son; en este punto, como en tantos otros, toca á la ley someterse á la sagacidad y á la honradez de de sus representantes. Sin embargo, teniendo en cuenta que en cierto modo en el procedimiento escrito es posible una vigilancia en este punto, convendrá que quien deba, señale en el momento

oportuno aquellas sugestiones no permitidas, rechazando en las confesiones, en los testimonios y en los informes periciales todo lo que pueda oponerse á la más perfecta espontaneidad. El juez debe acudir á las preguntas sugestivas, no para saber lo que no es, sino para averiguar lo que sea. En su virtud, las normas adecuadas que han de dirigirle, se resumen en esta: no debe sugerir en tono afirmativo sino dubitativo, sólo en caso de necesidad, de una manera oblícua y no directa, ni con cierta ironía ó malicia.

Los medios probatorios se entrecruzan y mezclan, y así la misma prueba testifical puede ser considerada bajo diversos aspectos. En la práctica llámase prueba testifical á la *deposición verbal de un tercero* (y por tanto de varios terceros) *relativa á la realización de un delito* (y propiamente sólo á la ejecución material del mismo). En la teoría crítica, la prueba testifical (perfecta ó no), considerada desde su lado externo, puede presentarse tanto por parte de un tercero como por parte de cualquier otra persona, y tanto de viva voz como por escrito; al juez compete luego valuarla según los casos y las formas. Considerada desde su lado interno, es perfecta siempre con relación á aquellas circunstancias respecto de las cuales se ofrece con todos los requisitos esenciales antes enunciados. Puede, pues, el testimonio (y es indi-

ferente que provenga del reo, de peritos ó de terceros) ser prueba perfecta interna:

I. De todo el hecho constitutivo de un delito (testimonio directo completo de inculpación).

II. De algunas circunstancias del hecho mismo (testimonio directo circunstancial de inculpación).

III. De otras que lo hacen inducir (testimonio indirecto de inculpación).

IV. De otras que lo rechazan (testimonio directo ó indirecto de disculpa).

V. De cosa (testimonio real).

VI. De experiencia (testimonio pericial).

VII. De referencia (testimonio de oídas).

Ahora bien: en todos estos casos, la prueba testifical no deja de ser perfecta, pero limitada siempre á la esfera propia de los objetos sobre que recae. Así, expuesta la existencia de los requisitos intrínsecos de veracidad, el primer testimonio indicaría toda la material perpetración del delito, (por ejemplo, la muerte de un hombre); el segundo, algunas de las circunstancias del mismo (verbigracia, la confesión del veneno); el tercero, algunas circunstancias que, sin constituir parte del delito, lo hacen inducir (el odio de un individuo dado); el cuarto, otros hechos de los cuales resul-

te directa ó indirectamente la inocencia (la ausencia del acusado); el quinto, la existencia de alguna cosa (una herida); el sexto, una circunstancia que el juez no podrá inducir y apreciar por sí mismo (la gravedad de la herida); el séptimo, por último, una cita (afirmación extrajudicial de una persona de haber visto la perpetración del delito).

De que la prueba sea perfecta externamente, no se sigue, sin más, que lo sea interiormente de un modo absoluto; sólo lo sería en el caso de que pusiera en claro todo el delito en sus elementos morales y materiales. Una prueba es exteriormente perfecta cuando las circunstancias de hecho á que se refiere, están en una relación tal con ella, que se producen todos los requisitos de la certeza; no implica, pues, que las circunstancias consideradas constituyan ó no interiormente una prueba perfecta absoluta. Por ejemplo, es un axioma ya antiguo que, por una referencia *de oidas,* por una manifestación extrajudicial, no se puede condenar á nadie; sin embargo, es evidente que quien nos ofrezca un testimonio de esta manifestación, con los requisitos ya indicados de veracidad, nos ofrece una prueba perfecta, no del delito, sino de aquella circunstancia de la manifestación, de la cual, por lo demás, se hará el uso conveniente, según las normas propias de la prueba indiciaria (XXXVII).

Es preciso, pues, recordar cuanto se ha dicho á

propósito de los indicios; un hecho cualquiera se tiene como cierto, cuando entre él y el testimonio hay una relación de necesidad moral, y ésta se presume en razón del concurso de los requisitos antes enunciados. Para el hecho mismo basta un solo testimonio (perfecto), como un solo indicio, cuando semejante relación de necesidad se presentase; de otro modo, se requieren tantos testimonios (imperfectos) ó tantos indicios (contingentes) cuantos sean necesarios para formar un testimonio perfecto, una relación de necesidad moral. Esto en cuanto á los hechos especiales, á las circunstancias particulares consideradas en cada testimonio. En cuanto al conjunto de hechos y de circunstancias constitutivas del objeto de la sentencia, no se puede decir *à priori* los testimonios perfectos que se necesitan; realmente, *se requieren tantos testimonios cuantas circunstancias hayan de demostrarse y no resulten demostradas por otras pruebas ó por presunciones.*

Discurriendo propia y adecuadamente, todo delito resulta demostrado por una prueba compuesta, desde el momento en que, una vez separadas, como se debe, todas sus circunstancias morales y materiales. ocurre que todas están probadas ó presuntas; siendo imposible, en verdad, que todas ellas sean probadas por una sola especie de prueba, por ejemplo, por una declaración testifical.

Más bien, lo común es que se produzca un entrecruzamiento, una confusión de datos y de instrumentos de certeza: una circunstancia se afirma por un testigo idóneo, otra por varios no idóneos; ésta la habrá recogido el juez, aquélla el perito; una se pudo indicar, otra se presume, habiendo además adiciones ó contrapruebas y rectificaciones. De qué modo se puede constituir una prueba perfecta con varias imperfectas testificales, se verá claro al tratar de la prueba compuesta (XXXVII) y del cálculo probatorio (XXXVIII).

Limitada la eficacia de la prueba de indicios á la imputabilidad subjetiva (una vez demostrado el hecho objetivo de otro modo), generalmente se considera que la confesión no vale, si todas ó á lo menos algunas circunstancias del hecho objetivo, no están demostradas mediante otras pruebas; opinándose lo mismo que respecto de los testimonios de testigos para los cuáles se exigen la existencia del cuerpo del delito, que habrá de ser inspeccionado por el juez. Sobre lo irracional de esta segunda restricción, se hablará luego (XXX); ahora sólo nos fijaremos en la primera, que de modo tan inmotivado tiende á limitar la eficacia probatoria de la confesión.

Si la confesión perfecta, según los principios sentados, prueba todas aquellas circunstancias respecto de las cuales concurren todos los requi-

sitos de veracidad exigibles, es arbitrario é ilógico aceptar su fuerza probatoria respecto de algunas circunstancias y rechazarla en cuanto á la del cuerpo del delito, por ejemplo. Si se quiere que éste conste solo merced á la inspección del juez, entonces se cae en el error aquel de considerar la prueba testifical de cualquier especie objetivamente insuficiente, error de que luego trataremos (XXX). Si en cambio se quiere que conste en virtud de otras pruebas testificales, no hay razón alguna para conceptuar el testimonio del tercero de mayor valor que el del reo, siempre y cuando que en éste no existan respecto del punto de la prueba alguno de aquellos defectos ó vicios que lo invaliden. ¡Que el reo se puede equivocar respecto del hecho objetivo!—Sin duda, lo mismo que puede ocurrirle al tercero; pero cuando haya presunción de error, la confesión, al igual que el testimonio, se invalidan y se rechazan en lo tocante á las circunstancias sobre que el error pudiera recaer. Por supuesto, no basta, como ya se dijo, (XXVI) una simple confesión, sino que debe haber una relación justificada. No vale decir: yo he cometido tal delito; se ha de narrar todo lo acaecido según la propia ciencia. Si se presenta en juicio Fulano y dice: yo he suministrado el veneno, el juez debe persuadirse de que el declarante sabe lo que es eso del veneno; pues de otro modo sólo habría la

prueba del suministro de una substancia desconocida de tal color y de tal volumen..... Ahora bien, si todo esto es cierto, ¿cómo puede un simple y único testimonio probar un delito?—Pues puede probarlo si se refiere á todas las circunstancias morales y materiales de que consta; lo cual, sin duda, es imposible aun en los casos más favorables, sin la coincidencia de algún indicio, ó cuando menos, de alguna presunción; y he aquí sin más la necesidad para los indicios de alguna otra prueba externa testimonial ó real. En suma, no se puede imaginar un testimonio esencialmente perfecto sin que pruebe plenamente todas aquellas circunstancias respecto de las cuales es perfecto. La ley y la práctica criminal podrán exigir el auxilio y ayuda de algún otro medio probatorio, como un apoyo más, como medida de cautela; pero no como una necesidad. El testimonio en juicio, cuando es verdaderamente perfecto, es la mejor de las pruebas entre las pruebas personales, siendo además la más comprensiva y la más amplia de todas.

XXIX

De las pruebas reales.

Después de hablar de las pruebas personales (XXI-XXVIII), tócanos ahora estudiar lo referente

á las pruebas reales. Según el común sentir, el magistrado designado para administrar justicia debe juzgar fundándose en las referencias, en los testimonios ajenos tan sólo; no debe él mismo ser testigo; pero como se comprenderá, en el examen de la serie coordinada de actos intelectuales que antecede y determina la certeza, el magistrado necesita para decidirse de propios conocimientos y percepciones, necesita, en suma, de aquello que él mismo á sí mismo se manifieste.

La certeza llega á nuestro ánimo por dos caminos: uno directo y otro indirecto ú oblícuo, esto es, ya en virtud de un criterio intrínseco de juzgar, ya en virtud de uno extrínseco (XXI). Usamos del primero, cuando juzgamos de algo por medio del razonamiento ó de los sentidos; y del segundo, cuando lo hacemos mediante los testimonios autorizados de otros. Si vemos á Ticio matar á Sempronio, la certeza surge en nosotros por un criterio intrínseco. Si no lo hemos visto, pero en cambio nos lo asegura Cayo, la certeza se produce en nosotros entonces por criterio extrínseco, es *histórica*.

Ahora bien; esta es la única que se quiere permitir al juez; pero ¿por qué ni su razón propia ni sus sentidos no han de poder ofrecerle medios de prueba, si precisamente las nociones adquiridas con un criterio intrínseco son siempre mejores que

aquellas otras que se adquieren mediante un criterio extrínseco? (II). No suponemos con esto, naturalmente, que para adquirir la certeza histórica no intervengan la razón y los sentidos del juez; intervienen sin duda; pero sólo como auxiliares, no como causas eficientes de certeza. Sin duda que para juzgar realizado el crimen de Ticio es preciso que oigamos merced á los sentidos la deposición de Cayo, argumentando luego con nuestra razón propia; pero la fuente inmediata de donde parte la causa de nuestro conocimiento no es la razón, ni son los sentidos, sino el atestado autorizado de Cayo. En cambio si hubiéramos visto á Ticio matar á Sempronio, la causa de tal conocimiento directo sería exclusivamente la percepción de nuestros ojos y el consiguiente razonar de nuestras facultades.

Los tratadistas de pruebas criminales no suelen considerar en la función judicial más que un solo acto, el juicio último, el fin de la sentencia *Fulano es reo.* Mas para dictar tal juicio, necesita el magistrado varios juicios, cada uno de los cuales requiere su prueba. Para que esto se comprenda mejor pondremos un ejemplo: Supongamos que la acusación se refiere á un incesto, ofreciéndose como pruebas é indicios la inculpación del correo, a confesión extrajudicial, algunos documentos, las huellas de la desfloración, la huída. Para que

la acusada de incestuosa resulte convicta, el juez necesita hacerse todos estos razonamientos: El correo denuncia á la acusada, y tiene la conciencia plena de su dicho; no es un loco, no es un imbécil, no es un niño, no está borracho ni equivocado..... Ha obrado libremente, no ha sido violentado; no tiene interés, ni ama, ni odia, ni espera, ni teme... Dice lo que piensa; piensa lo que ve: ve lo que sucede...., La acusada confesó extrajudicialmente su falta; confesó serenamente, no por celo ni por vanidad; confesó á conciencia, no por error..... Quien lo atestigua no miente, es persona de verdad decir, no tiene interés en mentir; sabe lo que declara, declara lo que ha oído; no se equivocó al oirlo, no pudo soñarlo ni menos imaginárselo... Los documentos ponen de manifiesto el vínculo de consanguinidad; son auténticos los tales documentos; son verídicos; son públicos, no fueron falsificados; refiérense al acusado y no á otra persona distinta... El que los ha escrito no fué víctima de engaño alguno, ni engañó á aquel que se lo hizo escribir. . Se revelaron además huellas de desfloración; son verdaderamente tales, no fueron ocasionadas de otra manera... La acusada tiene plena conciencia de sus actos; no estaba ebria, ni loca, ni alucinada cuando el acto del incesto pudo verificarse... Sabía el vínculo de parentesco que la unía con el correo; ella es, seguramente, la persona de quien en el

caso supuesto se habla... Lo que el juez ve aquí, existe; lo que ha escuchado, se ha dicho...

He ahí sólo una parte bien corta por cierto de todos los juicios, que con mayor ó menor rapidez y precipitación pasan por la mente del juez antes que declarar reo á la persona acusada. Ahora bien, claro se ve de qué modo en todos ellos los razonamientos y las sensaciones del juez son el exclusivo elemento de certeza; de qué manera, además, se formulan en un encadenamiento de presunciones.

Prescindiendo de la obra de la pura razón, que se presenta y ofrece en todo juicio y conocimiento humano, es fácil, en verdad, hacer notar de qué modo el magistrado se vale en sus juicios de nociones físicas y de hechos que le constan, digámoslo así, extrajudicialmente, fuera de las pruebas y de las presunciones. Las cuales, en efecto, no constituyen el objeto de la sentencia; pero sí son circunstancias que se refieren á la misma, formando algo así como su contorno. Realmente trátase de lo que verdadera y propiamente puede llamarse *notoriedad,* la cual dispensa de toda prueba (V). Semejantes hechos notorios parécense á las presunciones—salvo que aquéllas constan en virtud de simples percepciones recordadas y éstas de juicios—y suplen las lagunas de los hechos probados; siendo, en verdad, imposible que todos los hechos que

directa ó indirectamente entran á formar la sentencia, se comprueben de un modo particular con pruebas peculiares y propias. Y no hay por ello peligro de arbitrariedades y errores, puesto que estos hechos no admiten duda en çuanto á su existencia, siendo de todos conocidos. Cuando se juzga de la verosimilitud ó inverosimilitud de las afirmaciones, es en atención á la complejidad de los hechos conocidos por nuestra experiencia y por la ajena; no siempre se impone el examen comprobatorio directo. ¿Qué juez no admitirá como cierto, pongo por caso, que el sol alumbra, que la noche es oscura, que existe América, que hay Gobiernos republicanos, que Napoleón fué emperador y otros por este estilo... si tales hechos no se prueban en juicio? Por otra parte, fácil es comprender que estos *hechos notorios* se refieren sólo á circunstancias secundarias é independientes del verdadero objeto de la sentencia, aunque influyentes y acaso necesarios; viniendo al fin y al cabo á apoyar las mismas presunciones, las cuales á su vez apoyan y hasta suplen las pruebas.

En la notoriedad, pues, válese el juez de su propia y particular experiencia, válese de sus percepciones extrajudiciales, de sus sentidos, y continúa sirviéndose de todo esto en la judicial percepción de los medios probatorios; toda prueba externa, sea como quiera, es merced á sus sentidos como

necesariamente la conoce el juez. Lo que hay que recordar es que las pruebas llegan á él por referencia ó narración, ó las aprende materialmente (medio extrínseco el primero é intrínseco el segundo de conocer), llamándose por esto aquéllas pruebas testimoniales y éstas pruebas reales. Pero si bien unas y otras se lo revelan por sus sentidos, las primeras, consideradas del lado interno, no lo son sino de un modo mediato, mientras por el contrario, las segundas lo son inmediatamente; en su virtud, las unas consideradas en su aspecto externo no consta al juez sino en audiencia, siendo además transitorias, y las otras le consta por la inspección, pudiendo además ser estables.

Esta *inspección* se debe tomar en muy amplio sentido, á saber: como comprobación propia, personal y original (y no de oídas, como cuando se escucha una narración) de un hecho, de una cosa; siendo, por lo demás comprobación auricular cuando el hecho mismo (no su referencia) esté en las palabras. La prueba surgida de la inspección, esto es, de un modo inmediato, de un hecho (aunque sea verbal) ocurrido ó de una cosa existente, se llama real, á diferencia de la *personal,* ó bien testifical, que resulta ó proviene de la *audición,* en virtud de una referencia ó narración que en sí misma y como tal no constituye la circunstancia inmediatamente considerada. Haré notar que en

el uso corriente y común entiéndese por *prueba real* la que se refiere sólo á cosas materiales permanentes (cuerpos del delito), en cuanto son comprobadas por el juez; pero cabe perfectamente ampliar el sentido de estas palabras para indicar todo aquello que ya respecto del juez ó de los testigos, consta como real por criterio intrínseco de certeza, por la percepción, en suma, de los propios sentidos y no por referencias ajenas.

La prueba real, ofrécese, pues, en los siguientes casos:

I. Al testigo, cuando aprende ó de otro modo ve con los propios sentidos una cosa, un suceso justiciable (asiste á la perpetración de un hurto ó descubre la cosa hurtada).

II. Al juez, cuando merced á la inspección aprende una referencia del hecho justiciable, un testimonio, por decirlo así, *realizado* (posee y lee el acta de declaración de un testigo).

III. Al mismo juez, cuando aprende en persona un hecho que forma parte del objeto de la sentencia que ha de dictarse (presencia una violencia, inspecciona un puñal).

En este último caso se tiene la verdadera prueba real judicial, en cuanto el juez tiene una prueba real externa y al propio tiempo interna; mien-

tras que en el primero tiene una prueba personal externa de una prueba real interna (testimonio original), y en el segundo una prueba real externa de una prueba personal también externa. Esto es, no se tiene una prueba inmediata más que en el último caso; pues en los dos primeros casos no tiene el juez una prueba del hecho juzgable, sino que tan sólo tiene la prueba de una prueba. Ahora bien, cuando se confía en el dicho de otro, no se percibe el hecho, sino el dicho; y en su virtud, no se afirma por un hecho percibido, sino por una narración, percibida también, de un hecho no percibido, tomando como base el principio de autoridad, un criterio extrínseco.

Conviene recordar lo que ya repetidas veces dejo dicho, esto es, que al tratar de los medios probatorios los expongo constantemente considerándolos como si se presentasen á las decisiones de la persona constituída en juez; así, cuando en esta crítica se habla de la prueba real, la considero cual si estuviera sometida á la inmediata apreciación del juez. Ahora bien, la prueba real, como tal, *consiste en lo que se somete á su comprobación material;* exceptúanse, sin embargo, los testimonios, sean verbales, sean escritos, de oficio, pues tales pruebas se reputan personales, porque al fin y al cabo se reducen á narraciones, aun cuando deban ser comprendidas por los sentidos. Por otra

parte, en virtud de una mera ficción jurídica, los actos redactados por los ministros de justicia ó por otros magistrados se reputan testimonios orales, siendo quien los redacta como delegado del juez, y equiparándose su redacción á la consignación judicial de los dichos.

Es muy raro que un delito se cometa ante el tribunal; puede, sí, acaecer, como en el caso de falsas deposiciones, perjurios, injurias, violencias, tumultos; entonces, claro es, el tribunal juzgará sobre la base de su propia presencia ante el delito flagrante, restándole tan sólo algún otro detalle relativo á la prueba intencional. Más fácil y común es la comprobación de cualquier circunstancia principal ó accesoria, constitutiva, indiciaria ó probatoria de la culpabilidad ó de la inocencia. Pero el más frecuente y verdadero *objeto de la prueba real lo constituyen las huellas materiales, permanentes, conexas con un hecho dado, que arguyen la existencia ó no existencia de un delito*. Esta es la prueba real en sentido estricto, y, siendo de inculpación, esta es la que se refiere á los *cuerpos del delito*, ó á los *monumentos,* ó como quieran llamarse, de la crítica criminal.

Estos últimos son de varias especies. En primer término están los instrumentos con que el delito se ha perpetrado: las armas, en los homicidios y en las lesiones; los venenos, en los envenena-

mientos; las pociones abortivas en los abortos; las llaves falsas, las ganzúas, las escalas, en los hurtos calificados; las materias combustibles en los incendios.

Son también cuerpos del delito las cosas en que consiste el elemento material de un delito: las monedas falsas, los documentos de banco falsos, las escrituras falsas y todos los objetos de carácter falso que se emplean en las estafas; el libelo, en las injurias; las armas, en las denuncias de armas prohibidas; el cadáver, en los homicidios; los contratos fraudulentos, en la usura, en las quiebras, en el estelionato...

Son además cuerpos del delito las huellas permanentes dejadas por la ejecución del mismo en las personas ó en las cosas: las heridas, en las lesiones; la laceración del himen, en las violaciones; cualesquiera rastros de violencias personales dejadas en el cuerpo humano, en los estupros; las ruinas, en la devastación; las materias quemadas, en los incendios; las fracturas de puertas, de cerraduras, en los robos, en las violencias; el embarazo, en la fornicación, en el aborto provocado; en la exposición y en la muerte del niño, las manchas de sangre, las manchas cárdenas; la huella del pie, en otros crímenes por el estilo...

Y lo son también—cuerpo del delito – los objetos adquiridos merced al mismo: la cosa robada, en

los robos y en los hurtos; las cantidades recibidas y dadas, en los delitos cometidos por mandato; la misma persona en la detención ilegal, en el secuestro ó en el rapto..., así como cualesquiera objetos que con ocasión del delito, no por el delito mismo, se colocan ó resultan de cualquier modo en el lugar de aquél, ó bien desaparecen de dicho lugar; verbigracia: los vestidos del reo dejados ú olvidados en el sitio donde el delito fué cometido, ó los existentes en ese mismo sitio antes ó durante el delito y luego encontrados en poder del reo; lo cual puede ocurrir en muchos delitos...

Por fin, son cuerpos del delito todas las pruebas testimoniales extrajudiciales escritas, ó bien declaraciones, contratos, cartas, mandatos, pólizas, presentadas en juicio en calidad ó á título de pruebas.

Por donde, pues, si resumimos lo expuesto, nos encontramos con las seis clases de cuerpos del delito siguiente:

I. Los *instrumentos* con que se delinque;

II. Las *cosas* en que consiste y se perpetúa la ejecución material del delito;

III. Las *huellas* dejadas por el mismo;

IV. Los *frutos* que de él se derivan;

V. Los *objetos* dejados ó llevados por el reo;

VI. Los *documentos* extrajudiciales.

Como la expresión misma del cuerpo del delito se toma en diversos sentidos, dándole diferentes significaciones, conviene aclararla.

XXX

Del cuerpo del delito.

La interpretación adecuada de la tesis indicada (XI, XXVIII): *para la comprobación de los delitos de hecho permanente se requiere la del cuerpo del delito,* exige primero una clara noción de lo que se llama *cuerpo del delito,* ya que se toma éste en diversos sentidos. Todos dicen: para condenar á alguno es necesaria la prueba del cuerpo del delito; pero figurándose éste de modo muy distinto. Hay quien entiende por esto el *delito en general,* el hecho objetivo, tanto *permanente* como *transitorio;* hay quien, por otra parte, alude al *efecto material* del delito, ó sea al hecho objetivo, pero permanente; otros, en fin, se refieren á una *huella* real cualquiera derivada del delito mismo. Ahora, para facilitar la inteligencia, he aquí tres ejemplos: según la primera opinión, cuerpo del delito es la acción punible, prescindiendo del autor (un incendio, por ejemplo; un homicidio); según la segunda, es esta misma acción contemplada sólo en su aspecto material (lo incendiado, una muerte); según

la tercera, un resto ó reliquia de tal acción material (un tizón, un puñal). Para la primera hay cuerpo del delito en todo delito; para la segunda, sólo en los de hecho permanente; para la tercera, en los de hecho permanente que dejan huellas tan sólo. Así ocurre que se ha de entender de un modo distinto lo que cada cual entiende por comprobar el cuerpo del delito. En el primer caso, no se hace más que aludir á la prueba objetiva del delito, ya real, ya personal (pudiendo probarse aquél por testigos é indicios); en los segundos, se alude á la prueba real objetiva.

A fin de evitar, pues, los equívocos y las consiguientes logomaquias, advierto que reservo la denominación de *cuerpo del delito* para el tercer sentido (es decir, huella material de la perpetración de un delito, verbigracia: armas, lesiones, cosas robadas), llamando *hecho objetivo* del delito aquel á que se refiere la primera significación, y *materia* del delito aquel otro á que se alude en la segunda.

Esto sentado, añadiré: para condenar á uno se requiere ciertamente la prueba objetiva de su delito; y yo no sé por lo demás cómo sin ella se puede adquirir una prueba subjetiva, por lo que, como ya he dicho (XI), me parece inútil y ociosa, á la verdad, la cuestión.

En cuanto á lo material y al cuerpo del delito,

ó á la prueba consiguiente, ha de ser personal (de referencia) ó real (de inspección). En el primer caso se debe sin duda conseguirla para la condena; mas encuentro aquí también inútil y ociosa la cuestión, porque, inmediatamente que se tiene la relación del delito, se tiene la de sus circunstancias y de sus huellas materiales. Dos testigos afirman haber visto á un individuo perseguir á otro y pegarle; y refieren el acto, indicando la persona, el palo *(objeto material y cuerpo del delito),* todo, en fin.

Así, pues, cuando se dice que no se puede condenar á uno sin la prueba de lo material y del cuerpo del delito, si se entiende que esto debe constar al juez merced á su misma percepción, respondo que no veo teóricamente tal necesidad. Sin embargo, si la ley, ó la jurisprudencia, ó la práctica son de opinión contraria, no condenarán á nadie por un delito de hecho permanente sin que conste materialmente al juez su material efecto; por ejemplo, si se trata de un homicidio, no viendo la víctima; si se trata de un incendio, no viendo las ruinas quemadas. Las razones que impelen á mantener esta reserva son el temor de los falsos juicios, la pena, la afrenta, el horror ante la posibilidad de ver presentarse vivo y sano al que se creía muerto, mientras el supuesto matador entregó su alma en el patíbulo, como acaeció con

Pin y con la Chauvelín. Pero esto no justifica tal exigencia, digan lo que quieran los sostenedores de ella, á los cuales pareceré á menudo poco humano, y restaurador de las antiguas teorías probatorias criminales. Y no lo justifica, digo, porque no es racional, dado que la cualidad diversa de los delitos de hecho transitorio ó de hecho permanente, no implica esta diversidad de fuerza probatoria, de modo que baste á los primeros la prueba testifical, y para éstos se pida la prueba real. Ocurre, en efecto, un homicidio del cual fueron testigos mil personas; ahora bien, porque el cadáver haya desaparecido, ¿se va á considerar el homicidio cual si no hubiera ocurrido? El cuerpo del delito sólo puede exigirse de un modo necesario cuando la falta del mismo dejara incompleta la prueba; pero si ésta se hubiere obtenido de otro modo (y sin obtenerla no hay certeza), ¿para qué se necesita mayor prueba?... Pero se dirá; y si un día cualquiera apareciere el que se creía muerto en virtud del testimonio conforme de mil testigos, ¿qué vale su atestado contra ese hecho? —Nada diremos á esto. Realmente, ¿qué pruebas no pueden ser contradichas, si en la aplicación de la crítica judicial se anida el engaño, la omisión, el error, y no pueden ser descubiertos todos los requisitos intrínsecos de la verdad? Mas ¿quedarán impunes todos los delitos de hecho transitorio que

no puedan tener esta señal física? ¿Y se creerá que aun cuando se tenga cesará de perseguirnos el fatal destino que condena al hombre al error?...

Desafío, pues, á que se demuestre por qué razón una prueba igual certifica una parte de los delitos y no certifique y asevere otra, y (por ejemplo) por qué si un testimonio idóneo y legítimo asevera y afirma un adulterio, no ha de hacer lo mismo con una lesión. O servirá para demostrar entrambos á dos hechos, ó no servirá para demostrar ninguno. ¿Se pide la prueba real, ó lo que es lo mismo, la del cuerpo del delito, porque ofrece una más exquisita certeza, cual es la que resulta de la evidencia física? Esto quiere decir que se duda de la veracidad de la prueba personal; pero tal duda no da el derecho de dejar impune el delito de hecho permanente, por la misma razón que tampoco lo da para el delito de hecho transitorio. Si el ánimo se siente más confiado apoyándose en una prueba real, esto vale, no para exigirla, sino para desearla, favorecerla, procurando hasta donde sea posible su obtención. El cuerpo del delito, pues, no es necesario, sino útil. Se consideró, sin embargo, necesario con relación á las condenas irrevocables, porque, aun considerándolas justas, parecía injusto imponerlas faltando la evidencia física del delito. No se osaba condenar á muerte á un supuesto asesino ante el temor de que la supuesta

víctima viviera y se presentase un día, cual si viniera á reclamar contra la sangre inocente vertida. Nada más saludable que semejante temor; por sí solo vale, si otros mil y mil no hubiera que claman y exigen la abolición de la pena de muerte. Yo, que no creo necesaria, ni justa, ni útil esta pena, como no creo necesaria, ni justa, ni útil pena alguna irrevocable y feroz, pues no la reputo instrumento de justicia, sino de tiranía, puedo, en verdad, prescindir de ella, y así, no sólo puedo defender sin temor, que la condena por cualquier delito pueda verificarse sin la comprobación del cuerpo del delito, sino alegrarme y celebrar que en esta doctrina encuentren un obstáculo los partidarios del suplicio extremo. Cuando se trata, pues, aunque sea de delitos capitales, para los cuales la moderna jurisprudencia pide la comprobación del cuerpo del delito, y el testimonio directo, me doy por contento con los meros indicios, no me hacen falta siquiera las huellas materiales, siempre y cuando la falta de las mismas no implique la inverosimilitud. Y si este sistema de crítica criminal no parece compatible con otros, con los que admiten los suplicios ó penas irreparables, cosa es que no puede maravillarme, porque la verdad no cabe que ni de cerca ni de lejos llegue á acomodarse con el error.

XXXI

De la prueba real perfecta.

Las razones que pueden justificar la exigencia de la comprobación ó verificación material del cuerpo del delito por el juez, ó por sus delegados (los peritos inclusive), deben ser, en mi opinión, dos tan sólo:

I. El temor de que los testigos no reconozcan de un modo perfecto las huellas físicas permanentes de una acción criminosa; y

II. La contradicción que puede producirse entre un hecho atestiguado y la falta de vestigios del mismo.

La primera de estas razones recuerda por su semejanza aquella que prescribe el testimonio original judicial como garantía de que reune los caracteres todos de veracidad. El juez debe conocer en persona originalmente las huellas del hecho juzgable, no fiándose de su comprobación extrajudicial. Pero, de admitir esto con carácter de generalidad, será preciso rechazar toda otra prueba, y no sentenciar más que con relación á los hechos realizados á su presencia; lo que no sólo es difícil, sino imposible, á no decidirse los reos á delinquir únicamente en las salas mismas de los tribunales. Realmente hay más hechos que demostrar que el

hecho mismo general, siendo preciso no pocas veces para esto las declaraciones de personas peritas. Por otra parte, si los testigos pueden probar todo aquello que se refiere á un hecho transitorio, y todo lo que se refiere á las circunstancias especiales y á los autores de un hecho permanente, no hay razón para rechazar esa prueba, en lo tocante á las huellas que hayan podido persistir; no siendo además, exigible la prueba de estas huellas, cuando (á ser posible) sin ellas resultaren probadas las circunstancias todas componentes del hecho objetivo y la subjetiva imputación. Si se teme que los testigos no siempre puedan reconocer semejantes huellas (como por ejemplo, que una sustancia dada es veneno, que la muerte haya sido efecto de una herida especial, que un billete es falso...), ese temor puede muy bien invalidar los demás puntos de la prueba objetiva y subjetiva. Mas entonces, ¿qué se hace?—No cabe otra cosa que examinar si el testigo, por sus cualidades personales y por las circunstancias en que se encontrara, estaba ó no en situación y condiciones de conocer lo que testifica, y mediante tal examen analítico, se acepta ó se rechaza su testimonio, según los casos; pues claro es que el testigo dice y prueba tan sólo aquello que sabe, nunca aquello que imagina. Así, si el testigo está en estado de conocer las huellas materiales del hecho, como un juez, como un perito

(esto es, por ejemplo, que la sustancia empleada era venenosa, la herida mortal, el documento falso...), debe ser creído. De otro modo no puede ser creído, como no puede serlo con relación á cualquiera otra circunstancia que no conozca, y de la cual no puede ser considerado como testigo idóneo. Cuando tal ocurra, conviene recurrir á otros testigos que sepan lo que se trata, ó bien á indicios y á presunciones; y si las huellas subsisten, nada mejor que la inspección personal comprobatoria del mismo juez, ó el dictamen de los peritos. Pero cuando el juez acude á estos recursos no lo hace porque sea para él necesario de una manera absoluta la prueba real, además de la personal, sino porque no ha obtenido la prueba personal perfecta. El juez, por tanto, necesita la comprobación del cuerpo del delito cuando le faltan los testimonios; y no se debe creer que exige los vestigios materiales como un medio de reafirmación fuera de la comprobación de los hechos sentenciados, sino para la prueba misma. Si, por ejemplo, tratándose de un homicidio, los testigos afirman que Fulano fué muerto, y lo afirman porque así les consta, y no tiene el juez por qué dudar de esto, está en buena ley de crítico obligado á creerles, aun cuando no se encontrase el cadáver herido. Pero si por el contrario los testigos refieren que, en efecto, presenciaron el hecho de herir y vieron

caer al herido en tierra, mas que de ningún modo saben si realmente el herido murió á consecuencia de tal herida, entonces es preciso ver el cadáver, para determinar si la muerte fué efecto de las heridas, toda vez que sobre este punto importante falta la prueba personal.

Pero se añade (y esta es la segunda razón indicada): si un delito debe dejar necesariamente huellas, y tales huellas no se encuentran, aunque el delito se afirme, ¿no resulta de hecho contradicho?—Sin duda; y esto quiere decir que la prueba testimonial ha tenido que luchar con la contraria y más potente (cual es la real negativa). Mas esta colisión, según diremos luego (XXXVIII), puede ocurrir también entre diversas pruebas todas ellas personales; en cuyo caso, las pruebas que queden vencidas resultarán aparentes — esto es, pruebas cuyos requisitos intrínsecos de verdad se supusieron por error —y no verdaderas, toda vez que las verdaderas no cabe que puedan luchar entre si. Ahora bien, porque haya casos en que una prueba pueda resultar aparente y falsa y en lucha, ¿vamos á rechazar todas las pruebas?

Sin duda la prueba real, como más segura en cuanto provoca certeza física, debe ser muy buscada y preferida á la personal; pero no por esto, cuando falte, se debe rechazar el testimonio, abstenerse de sentenciar y dejar impune el delito. No

por lógica necesidad, sino por simple cautela política, puede exigirse el cuerpo del delito, en atención á que, como éste habla directamente á los sentidos del juez, lo convence mejor; pero de ningún modo se puede exigir obligatoriamente cuando su falta no implique contradicción. Deber es del juez y de quien quiera que trate de juzgar la existencia ó no existencia de un hecho, acudir á todos los medios de prueba que se presenten, ya por la afirmativa, ya por la negativa, confrontándolos, pesándolos, comparándolos, hasta decidirse por fin, según aquellos que no hayan sido contradichos ó vencidos por otros. El juez, en rigor, no puede darse por satisfecho sino después de haber constituido toda la serie de los hechos que forman como la premisa del silogismo judical. Si la serie fuera incompleta, incompleto será el juicio; por eso el magistrado criminal debe en la instrucción recoger (hasta donde le sea posible) todos aquellos datos reales y personales, que tengan que ver con el objetivo que persigue. Si entre ellos surgiere una contradicción positiva y negativa, ó se salva y resuelve ésta ó no puede dictarse en modo alguno sentencia afirmativa. Así, pues, si se tiene la prueba testifical de que Fulano fué muerto, y, sin embargo vive, tal prueba se invalida; si se dice en ella que Fulana murió de parto, y resulta que aquélla era doncella, tal prueba se invalida y anu-

la también. Entonces es natural que, como no hay cuerpo del delito, se rechace la prueba testifical, como cualquier otro medio probatorio cuando resulte contradicho; pero si los datos del proceso no arrojasen de sí una circunstancia tal que haga absurdo é inadmisible el testimonio (para lo cual podría bastar hasta la misma inverosimilitud ó imposibilidad presunta), el juez, sobre la base de asertos fidedignos, reputados idóneos y verosímiles, debe sin duda alguna decidir. De otro modo, para ser lógicos y justos, sería preciso arrojar en absoluto del santuario de Temis la prueba testifical.

Según lo que resulta de los expresados principios, es en verdad muy de desear que el magistrado recoja y examine todas las cosas que directa ó indirectamente, de un modo principal ó accesorio, tengan que ver con el proceso; las cuales son como recuerdos materiales ó (para darles el nombre que les da la ciencia histórica) *monumentos* de los hechos ocurridos. De esta manera le será más fácil, con el auxilio de una contraprueba material, reconocer la idoneidad del testimonio. Esto aparte de que, si por cualquier circunstancia faltase la prueba testifical perfecta, debe el juez, si quiere procurarse con el auxilio de otro medio la certeza, acudir á las huellas materiales y aprender con ellas y de ellas los hechos ocurridos.

Entonces, es decir, cuando la huella material se adicione y una á un testimonio, viniendo á confirmarlo, se tiene una prueba mixta, es á saber: una prueba personal y real ó documental de que luego hablaremos (XXXIV-XXXVI). Y tiénese también una prueba mixta análoga cuando el magistrado, para conocer las mismas huellas reales, necesita de un auxilio personal cualquiera; por ejemplo: del perito acerca del cual se hablará en los dos subsiguientes capítulos (XXXII-XXXIII).

Mas *¿cuándo será perfecta la prueba real?*—Al igual de lo que tengo ya dicho respecto de la prueba indiciaria y de la testifical, contestaré que *cuando entre ella y la cosa significada haya una relación de necesidad*, de modo que no pueda significar otra distinta. Lo que hay es que aquí la relación de necesidad es más fácil de reconocer que en la prueba testifical, en la cual es preciso argüir la realidad de la cosa según el cálculo de las cualidades, de la inteligencia, de los sentidos y de ánimo de las personas, á menudo perfectamente inexcrutables. En la prueba testifical se trata de una relación extrínseca de necesidad: la *afirmación es autorizada, luego el hecho afirmativo es cierto;* en la real, en cambio, se trata de una relación intrínseca: *la cosa se percibe, luego existe.*

Pero la prueba real, al igual que la testifical, duede ser directa é indirecta y en esta su segunda

forma no basta la simple percepción, sino que es preciso la obra del raciocinio, para inducir de ella necesariamente un hecho desconocido. Cuándo y cómo se impone tal inducción, ya queda dicho al tratar de la prueba de indicios (XII, XX), pues debe advertirse que el uso más común de la prueba real ocurre en este modo indirecto precisamente. Se inspecciona una herida, un veneno, una falsificación..., y se induce la lesión, el envenenamiento y la falsificación... Pero no debe olvidarse que en el uso indiciario de la prueba real, fuera del peligro común hay un peligro propio y peculiar de la indiferencia errónea; este es el peligro de que la cosa (de donde se infiere un hecho cualquiera) esté en sí misma falseada. Así. si el hombre puede mentir en su deposición testifical, también puede producirse la mentira en las cosas mismas, cambiándolas, alterándolas, falsificándolas, en suma.

Me explicaré con un ejemplo: el instructor encuentra á un hombre colgado de un lazo; cerca de él un banquillo para poder saltar y quedar pendiente; además un escrito de letra que parece la suya, en el cual aquél declara su voluntad de matarse... En cuanto la comprobación del juez se limite á la prueba directa de este hecho, esto es, al hallazgo de un cadáver en tales circunstancias, no hay peligro de error, pues se trata de un hecho según el cual en tal lugar se halla un Fulano pen-

diente de una cuerda, con un banquillo al pie y el escrito en el bolsillo. No hay temor de falsas imaginaciones; más por bien que todo aquello se vea, el error puede sin embargo surgir y el error puede consistir en que aquello que así se ofrece á la inspección directa no sea la consecuencia de un suicidio, sino el artificio de cualquier asesino. Nótese aquí que el peligro del engaño no está en la prueba directa de lo que se percibe y ve (la obra, sea de un suicidio, sea de un homicidio, allí está, existe de un modo indudable), sino en la indirecta, esto es, en la inducción que ha llevado á afirmar el suicidio. Y he ahí, en verdad, el lado vulnerable de la prueba real, la posibilidad de lo falso, ó lo que es lo mismo, que no sea la consecuencia del hecho que se quiere inducir, sino juego del azar, ó bien resultado de la astucia de un tercero; de otro modo la cosa sería facilísima.

A pesar del defecto indicado, la prueba real es siempre mejor que la personal por las razones ya expuestas (II), y en virtud de la física evidencia que proporciona una vez eliminados todos los motivos que puedan presentarse contra las naturales inducciones. Y al modo como la falsedad en el dicho no se advierte cuando entre él y el hecho exista la correspondencia que resulte de una selección de moral necesidad, así la falsedad en el hecho no es admitida por razones que necesariamente la

excluyen. Aquí, como en los demás casos análogos, merced á la eliminación de todos aquellos significados de una prueba que pueden producir contradicción y que pueden suponer otras conclusiones diferentes, es como se llega á determinar aquel significado que aparece al fin como único y firme, no contrariado por ningún dato y supuesto negativo. En el ejemplo antes indicado pueden hacerse muy varias inducciones, de las cuales sólo una tiene que ser la verdadera, y que resultará tal de las demás circunstancias que se descubran. Si el ahorcado aquel se reconoce que fué muerto, no como parece, sino de otro modo (por envenenamiento, verbigracia), lo que se indica es que el Fulano de que se trata, no se dió á sí propio muerte, sino que fué muerto por otro, contradiciendo de ese modo lo que en los primeros momentos pudiera creerse.

Hace falta, según todo lo expuesto, que esas huellas materiales se comprueben perfectamente, no de una manera superficial; de ahí la necesidad de acudir al dictamen y auxilio de la ciencia y de la habilidad, á fin de que su doctrina y su práctica suplan la ignorancia del juez. En el caso precitado, un testigo cualquiera creería muerto por ahorcamiento al Fulano que vió pendiente de la cuerda; en cambio un médico descubre que lo del lazo no fué más que una maniobra de otro, y que la verdadera causa de la muerte fué el veneno.

XXXII.

De los peritos.

El dictamen pericial (la pericia) es una *comprobación y un juicio de hecho, obra de persona experta acerca de una cosa dada que excede del propio conocimiento del juez.* Hay en un cadáver una materia desconocida para el juez; éste se dirige á un químico, el cual afirma que la sustancia de que se trata es veneno. Se comprende naturalmente que si el juez supiese de un modo indubitable lo que la indicada sustancia era, no hubiera acudido al dictamen del perito; de donde resulta que esto parece ser un elemento auxiliar, una ayuda prestada á la ciencia y conocimiento del juez acerca de una cosa dada.

El dictamen pericial se enumera entre las pruebas; pero realmente no es una prueba, sino el reconocimiento de una prueba ya existente. Es un medio subsidiario de la inteligencia del juez, auxiliándola al modo como los anteojos auxilian el sentido de la vista. En el caso supuesto del envenenamiento, ¿qué es lo que pone de manifiesto la existencia del mismo? ¿El dictamen pericial ó el veneno? El veneno sin duda; esta es la verdadera prueba, prueba real directa ó indirecta del envenenamiento, prueba es verdad que se llega á reconocer

y á afirmar más mediante el perito. Así, pues, si queremos considerar el dictamen del perito como prueba, no es una prueba original, sino de referencia; una especie, en suma, de la prueba testifical de una prueba real.

Julio es acusado de homicidio, pero al propio tiempo es sospechoso de locura. El juez vacila sobre si habrá de conceptuarle como loco ó no; en su virtud, se dirige á un alienista para que dictamine, y el alienista lo declara loco en efecto. La prueba del perito, ¿de dónde surge? ¿Del parecer del médico, ó bien de los síntomas y de los caracteres maníacos?—No hay duda que de éstos; el perito se limita á revisarlos, á estudiarlos y á inferir de ellos la manía. Si el juez tuviese la misma experiencia y ciencia, no hubiera tenido necesidad de su auxilio; acude á él como á medio subsidiario; requiere el apoyo de su saber y doctrina para juzgar sobre el hecho de la enfermedad. Esta índole auxiliar y accesoria de lo pericial se debe tener tan en cuenta, que al fin y al cabo se reduce á la *certeza física*, á aquella certeza que el propio juez adquiere con sus personales percepciones; sólo se diferencia de la *inspección* en que en esta el juez adopta sus mismas percepciones, mientras en lo pericial, reconociéndose el juez inexperto, acude al dictamen de las personas expertas, ó peritos.

Ahora bien, fácil es distinguir y decidir cuándo será suficiente la mera inspección y cuándo se requerirá el dictamen pericial: el saber ó la ignorancia del juez, constituirán la regla. ¿Es hombre instruído y docto en la materia de que se trata? Pues puede juzgar por sí. ¿No lo es? Pues en ese caso debe hacer que otros le auxilien para formar juicio. El ingreso violento en una casa dejó huellas: un agujero, escombros, martillos .....; se quiere saber si por aquel agujero pudo pasar un hombre; si aquellos escombros son los mismos del muro y si son recientes, y si con aquellos martillos se pudo abrir la brecha. Supongamos que ésta sea tan alta que pase perfectamente un hombre; naturalmente, el juez puede declarar por sí mismo la posibilidad del paso; en cambio respecto de los otros dos extremos, acaso vacile para responder adecuadamente; en ese caso acudirá al auxilio de los peritos, pidiendo dictamen á mamposteros ó albañiles.

Resulta también claro que la necesidad y los límites de la prueba pericial, varían según los grados de cultura de cada juez y de cada época judicial. Puede ser cuerpo del delito, verbigracia, el tabaco; si se hubiera pedido el reconocimiento á un juez griego ó romano, por docto que éste fuese, no hubiera sabido responder lo que tal hoja es; pregúntese esto mismo ahora al más humilde de los jurados de Europa, y sabrá distinguirlo sin nece-

sidad de peritos. Pero si, en general, la cultura superior y más difundida en nuestros días, hace que el juez moderno sea más ilustrado que los antiguos, de otro lado la división de las competencias intelectuales (signo de civilización y de industria avanzada) y la justa exigencia de que los últimos postulados del saber sirvan de sostén y apoyo al ministerio social, piden que acudan, más bien más que menos, á las personas que por sus circunstancias particulares, sean maestras de la ciencia ó del arte respectivo.

Mas debe tenerse en cuenta que esta disparidad de cultura entre pueblo y pueblo, no cambia tanto los límites entre la obra *propia* (judicial) y la obra *delegada* (pericial) como la disparidad entre individuo é individuo. Ahora bien, como no es posible señalar una exacta demarcación de los límites, es fácil y frecuente en esto la manifestación de lo arbitrario, del error, siendo muy de temer la sugestión y el prejuicio. Sin causa para ello puede un juez creerse perito en aquello que no lo es, especialmente en cuestiones relacionadas con la imputabilidad de una persona. Y así es cierto que no pocos han subido al patíbulo como asesinos incurables, los cuales no hubieran sido penados en tal forma ante el dictamen pericial que los definiría como locos y dignos del manicomio. Puede, en verdad creerse que la mayoría de los suplicios

de los pasados tiempos, por delitos horrendos y extraños (bestiales, herejes, etc.), ocurrieron á causa de la falta de peritos ó de conocimientos periciales adecuados, para juzgar con fundamento, acerca del estado moral é intelectual de los supuestos reos.

Respecto de este asunto de la prueba pericial se debe dar el precepto siguiente: el magistrado acudirá á ella siempre que se conceptúe incapaz de juzgar por sí mismo una cosa cualquiera. Realmente es imposible definir por adelantado los casos concretos; en su virtud, una sabia y prudente legislación que quiera limitar de un modo grande el arbitrio judicial, debe inclinarse más bien en el sentido de aumentar el número de casos en que imponga como una necesidad la intervención de las pruebas, sobre todo cuando se trate de asuntos relacionados con la medicina forense.

Como la ingerencia pericial no se verifica sino por disposición ó mandato y además tiene un carácter subsidiario, el juez puede rechazar y enmendar sus dictámenes cuando su ciencia y su experiencia así lo aconsejen. Así, pues, si un perito declarase la autenticidad de un documento en razón de la simple semejanza de la letra, el juez podrá rechazar, obrando sabiamente, su dictamen.

XXXIII

De la prueba pericial perfecta.

Las breves indicaciones del anterior capítulo, ya dejan entrever bajo cuál aspecto considero la prueba de peritos, cuándo se discute, si se debe clasificar como testimonio ó como comprobación judicial, y si el perito se ha de reputar como un magistrado ó como un testigo. El perito, de hecho, en cuanto refiere cosas que ha percibido, es un testigo; y así, para que sus declaraciones sean aceptables en justicia, éstas y quien las produce deben estar adornados de aquellos caracteres que hacen idóneos al testigo y al testimonio. Aunque el testigo narre cosas ya pasadas y el perito se refiera á las presentes; y aunque en aquél no se exige una ciencia ó arte especial, y en éste sí, no por eso hay entre ambos una diferencia esencial; realmente, la exigencia de la ciencia y del arte es general y espontánea con relación á toda la prueba testimonial, pues el testigo sólo prueba respecto de aquello que sabe y hasta donde sabe.

Una diferencia esencial entre el perito y el testigo estriba más bien en lo siguiente: en que es lícito al primero, y no al segundo, el *juicio del hecho,* si no sobre el crimen en total, á lo menos acerca de circunstancias muy influyentes. El testi-

go no puede más que consignar un hecho dado á cuya realización ha asistido; el perito, en cambio, puede inducir lo ocurrido y la significación, siendo en tal función como una especie de jurado. En la prueba directa, el testigo y el perito son una misma cosa, consignan aquello que por sus propios sentidos ven ó de otro modo perciben; en la indirecta, en cambio, mientras el perito mismo infiere, el testigo no puede hacerlo; el juez es quien por él induce el indicio.

La verdadera diferencia, pues entre el dictamen pericial y el simple testimonio no afecta á los mismos como pruebas directas, sino como pruebas indirectas; y es que, si bien se mira, la inducción es una función judicial, ocurriendo que, cuando el perito induce, desempeña oficio que le ha delegado el mismo juez, por lo que se le debe considerar como su delegado. No es, pues, aventurado ni exacto considerar la función pericial como parte de la comprobación judicial, en virtud de una de aquellas *ficciones* que hacen considerar la lectura de una narración, consignada en el proceso, como audición inmediata de la misma, ó bien la instrucción, las inspecciones y los actos jurisdiccionales de los comisarios del tribunal, como realizados por el mismo juez sentenciador. Que el perito tiene en sí este carácter judicial, se evidencia también con la posibilidad de admitir oposición con-

tra un dictamen que parece irracional ó injusto, en forma que sería absurda aplicada á los testimonios.

Es preciso, pues, considerar la función pericial como una delegación del poder judicial, y considerar al perito como si fuera el juez; pero esto ni implica en el juez la obligación de creer ineludiblemente sus dictámenes, ni la facultad de prescindir de los requisitos de veracidad en él, al modo como no se prescinde de ellos cuando se trata de cualquier otro testigo. No puede obligar la fe del juez, porque si el juez puede rechazar la prueba testifical cuando le parece inverosímil, mucho más razonableles reconocerle la misma facultad respecto del perito, si se tiene en cuenta que no hace en este caso otra cosa, en cierto modo, que retirar la propia potestad de juzgar y de observar, momentánea y condicionalmente concedida al perito. Tampoco debe haber la neccsidad imperiosa de prestar fe á persona que no mereciera al juez confianza por defectos morales, intelectuales y físicos, que hacen inidóneo todo testigo, ya que el perito, como cualquier otro funcionario judicial, como el juez mismo, debe considerarse y presumirse adornado de todas aquellas cualidades en virtud de las cuales no puede engañarse ni quiere engañar.

La naturaleza mixta de la prueba pericial nos

señala los extremos que la hacen perfecta, aplicándola las leyes mismas que regulan la prueba real, la personal y la de indicios. Considerada en su aspecto exterior entre la persona del perito y la cosa sobre que su examen y dictamen recae, debe existir una relación necesaria de veracidad, la cual se establece desde el momento en que se presume que la primera sabe lo que declara y declara lo que sabe. Considerado en su aspecto inter no directo el hecho consignado debe constituir lo que se juzga. Considerada en su aspecto interno indirecto, la circunstancia verificada debe implicar lo que se quiere probar, como el efecto la causa. En este último caso, esto es, en la función indiciaria de los peritos, éstos deben regirse según las mismas normas que el juez, y á las cuales nos hemos referido ya (XII, XVI, XX).

No me detengo ya más en este asunto, pues me parece que la crítica criminal no exige nada más de lo dicho, perteneciendo todas las cuestiones ulteriores que quisiéramos tratar más á la forma que al fondo y á la práctica que á la teoría. La índole de la civilización y de la cultura, de la constitución social y de los reglamentos penales, en este ramo de la prueba pueden, sin oponerse á las exigencias indeclinables de la lógica, atender á aquellas particularidades de forma que por el momento convengan al modo como en los códigos

se mezclan con los principios absolutos y eternos del derecho, los relativos y transitorios de la política.

Las prescripciones, pues, acerca del número, las dotes de los peritos, y acerca de los modos como éstos deben intervenir, corresponden á la jurisprudencia probatoria, práctica y formal. La crítica lógica repite aquí también sus eternos principios: *la persona dedicada á la función de perito, que tiene sus sentidos sanos y sana la mente, que ha observado atentamente, que tiene la ciencia y experiencia neceasrias y que no tiene interés en mentir, debe ser creída, y lo que tal persona compruebe y consigne, es como si el juez lo comprobase y consignase, cuando no se oponga á ello la inverosimilitud*. Pero pasemos ya á otras especies mixtas de prueba, á las que se obtienen de los documentos.

XXXIV

De los documentos.

Es dable al hombre manifestar sus propios sentimientos y pensamientos de tres modos: por la palabra hablada, por signos y por gestos, de donde resultan tres clases de lenguaje: el *vocal,* el *gráfico* y el *mímico,* que alcanzaron en el curso de los tiempos una muy varia fortuna y desarrollo. El

primero se dice revelado por Dios á los primeros hombres, y á partir de tal origen tenemos el progresar, cambiar y multiplicarse de las lenguas, y por analogía, el origen humano de los otros dos lenguajes gráfico y mímico. Según esto, dos causas generan semejantes lenguajes, la una instintiva, la otra artificial; es decir, la naturaleza y la convención, y por ser aquélla obra de Dios, se dice que hay un elemento divino en los idiomas. Mas es este un modo de discurrir demasiado figurado, pues claro es que si la naturaleza viene de Dios, también viene el arte, y si aquélla se puede considerar como su *hija*, éste, como canta el poeta, será *nieto*. Según que en los tres lenguajes se ha seguido preferentemente á la naturaleza ó al arte así fueron expresivos ó simbólicos. La civilización avanzada los hace casi del todo simbólicos; comienza primero el vocal, luego el gráfico, siendo el último el mínimo. Los jeroglíficos egipcios nos indican la existencia del lenguaje gráfico expresivo en los tiempos históricos. Más natural, más expresivo, al par que menos progresivo, es en nuestros días el mímico; con ligeras excepciones, hablamos aún con nuestros gestos el lenguaje de la naturaleza. La razón de que éste no progrese está en que el lenguaje vocal lo ha suplido, alcanzando la mayor perfección posible. Si el gráfico ha ido al par que él, débese á que renunció á su propia

autonomía poniéndose al servicio de la lengua hablada, convirtiéndose el signo en súbdito de la voz, y sustituyendo el alfabeto á las imágenes. Recientemente el mismo lenguaje mímico (con la educación de los sordomudos) alcanzó la suerte del grafico, pero también á costa de su autonomía, de la naturaleza, de la expresión y de ponerse al servicio de la palabra, reduciéndose, en suma, á significar antes que las ideas las letras escritas, y á su vez significar los sonidos hablados.

Considero preciso recordar estas premisas para poder decir que el diverso modo de expresar una idea, no toca á la esencia de este acto, que es en sí mismo una manifestación, una referencia. Cualquier afirmación de un hombre que reuna los requisitos exigibles es un testimonio válido, importando poco que se ofrezca mediante palabras habladas, por escrito, ó en el lenguaje de los mudos educados, ya que todas estas tres maneras están reconocidas como adecuadas para expresar las propias ideas. Por lo demás, como el lenguaje vocal es el que alcanza mayor perfección de los tres, estando éste por él informados, y siendo en definitiva sus auxiliares, no tiene nada de particular que se dé á aquél la preferencia.

Aun cuando el lenguaje hablado es el más fácil y comprensivo de ideas, el escrito tiene, sin em-

bargo, la especial ventaja de que estas ideas pueden transmitirse y conservarse á distancia y á través de los tiempos; y por otra parte, como lenguaje alfabético, esto es, como asimilado al hablado, goza también de sus ventajas: de ahí la gran utilidad de la escritura. Realmente es una utilidad inapreciable, pues si el hombre sin la palabra hablada no podría valerse de la razón, sin la escritura no podría perpetuar su memoria. La humanidad difícilmente gozaría y se aprovecharía de las experiencias del pasado mediante la tradición oral; poco ó nada hubiese prosperado con ella tan sólo, pues los pueblos y los individuos no sabrían cómo utilizar las lecciones de la historia. Si la escritura, venciendo las dificultades del espacio y del tiempo, aumentó, aumenta y aumentará el desenvolvimiento humano, la imprenta (que es una escritura facilitada) asegura y amplía los triunfos que la humanidad alcanza. Así hoy es ya una potencia temida, pero... ¡que el espectáculo sublime no nos haga olvidar el objeto limitadísimo de nuestras investigaciones!

La peculiarísima y valiosa ventaja de la escritura de vencer al espacio y al tiempo, es precisamente lo que determina su uso; siempre que es necesario conservar para lo porvenir ó transmitir á distancia una memoria, un hecho, se escribe, se hace un *documento*. Entre los principales actos de

la vida figuran sin duda los jurídicos; de ahí el gran uso que del escrito se hace para consignarlos y garantirlos, y de ahí el origen de la prueba escrita en los juicios civiles y criminales. Puede en verdad decirse que en las relaciones de derecho privado y en las civilizaciones avanzadas tal clase de prueba ocupa un lugar preferente; un documento es un presente recuerdo de un derecho, y, probado ó presunto verdadero, zanja todo litigio. En lo criminal, es preciso ser más cautos; aquí la esencia no puede sacrificarse á la forma; no se puede conceder privilegio alguno á los documentos, ninguna apreciación superior á las indicadas en los principios indeclinables de certeza esencial.

Es, pues, preciso prescindir en este caso de las consideraciones del procedimiento y del régimen probatorio civil, para investigar la verdadera naturaleza de la *prueba documental* escrita desde el punto de vista de la crítica aplicada á los juicios penales. Mas ante todo es preciso conocer los diferentes modos como el documento puede presentarse, en los asuntos criminales, para indicar luego la índole de la prueba documental, sus especies y modos de examinarla, así como su perfección.

Ante el juez sentenciador de una causa criminal pueden presentarse los escritos siguientes:

I. Documentos que contienen actos del mismo juez ó de sus dependientes ó delegados para la instrucción de la causa (tales son los autos del juicio relativos al examen de las personas y acerca de la inspección de las cosas, objeto del proceso).

II. Documentos constitutivos de una ó varias circunstancias del hecho (ó conjunto de hechos) que han de comprobarse en el juicio.

III. Documentos en los que se expresan una ó varias circunstancias del hecho indicado.

De todos estos diferentes documentos, los de la primera son públicos; los otros pueden ser, ya privados, ya públicos. A ellos se refiere la prueba escrita ó *literal;* pero debe tenerse en cuenta que, cuando en jurisprudencia se habla de tal prueba, se exceptúan las de la primera especie, esto es, las redactadas por el juez instructor del proceso ó por sus mandatarios, pues se supone que aquél y los suyos son uno mismo con el juez sentenciador, personificando éste, por decirlo así, toda la curia. En su virtud, todos los autos de la instrucción se estiman como producidos ante el tribunal que juzgue, conceptuando real y presente lo que sólo está anotado en los folios procesales.

Semejante ficción lógica y jurídica no es excesivamente peligrosa, aparte de que es necesaria. A

causa de la imperfección de las cosas humanas, el tribunal ó el jurado (y todavía menos un solo magistrado) no podrían observar por sí mismos y sentir todo aquello que al proceso toca, ni conservarlo en la memoria. Es, por tanto, necesaria la existencia de funcionarios auxiliares, que atiendan, como mejor se pueda, á esta necesidad, siendo de desear que el juez los elija de condiciones tales, que sean dignos de representarle, y que por lo demás sea él quien dirija la marcha total de la obra. Los actos internos de oficio no suelen, pues, considerarse como pruebas documentales; prescindiendo de su forma, y atendiendo sólo á su esencia, son éstas reales ó testimoniales.

En las consideraciones que vamos á hacer nos referiremos á todos los escritos ó monumentos gráficos, producidos ante el magistrado en una causa penal, exceptuando aquellos de que es autor él mismo (ú otro funcionario ó delegado al efecto) en el asunto especial y determinado de la indicada causa. Advertido queda ya que las dos especies de documentos sobre que recae el examen judicial, y la eficacia de la prueba literal, deben tener este doble carácter:

I. Contener ó manifestar el delito.
II. Provenir de fuente pública ó privada.

Como se ve, la primera distinción se refiere al

efecto ú objeto, y la segunda, al instrumento ó medio probatorio; aquélla toca á la prueba literal interna y ésta á la externa. Ahora bien, conviene distinguir adecuadamente estos dos diferentes aspectos de la misma para poder conocer su verdadero valor. Comenzaremos por considerar el aspecto externo.

XXXV

De la prueba documental externa.

Se tiene un documento, y prescindiendo de la eficacia probatoria de su tenor, se trata de saber si es ó no verdadero; tal es el objeto y el fin del examen de la prueba documental en su aspecto externo. Conviene ante todo saber en que consiste la verdad del documento, por ser esto lo cardinal de semejante prueba. La verdad del documento es *el carácter ó la cualidad del mismo, en virtud de la cual no es la obra del fraude y del engaño; y como es ineludiblemente la obra de un hombre, en rigor la verdad en este caso consiste en que el escrito sea de la persona á quien se atribuye, ó en otros términos, que sea auténtico.*

Ahora bien; cuando un documento es la obra de un magistrado, ó de una persona cualquiera á quien la ley delega funciones oficiales y atribuye especialmente la facultad de redactar declaracio-

nes revestidas de la fe pública, en lo tocante á la competencia ó esfera de su acción jurídica, vale la presunción de autenticidad del escrito mismo, siempre que esté adornado de los requisitos externos legalmente prescritos, tales como las fórmulas, la firma, los sellos. No hace falta advertir que una cosa es la presunción de autenticidad y otra la de veracidad de los documentos públicos, y de la cual ya se hablará luego; la veracidad se presume en virtud del carácter autorizado del funcionario de quien el documento emane; la autenticidad en cambio se presume en virtud del cumplimiento de las formalidades propias del mismo. Ni tampoco hace falta que repita ahora que en lo criminal las presunciones se desvanecen por la prueba ó probabilidad en contrario; y tal principio aquí, más que en ningún otro caso, nos parece justo, habida cuenta el peligro de que no sea verdadero el hecho basado en dos presunciones, ó mejor, en la presunción de una presunción, la una de la veracidad del aserto, y la otra de la autenticidad del escrito. Toda prudencia en este punto es en verdad poca... Cuando se piensa lo fácil que es el que un funcionario, por incuria ó por equivocación, acoja como verdadera una circunstancia falsa, ó bien que un particular cualquiera, simule en un documento la firma pública, se comprende desde luego cuán grande es el peligro á que la inocencia se ha-

lla expuesta. Y aunque los documentos públicos no prueben completamente la perpetración ó la acción principal del delito, pueden, sin embargo, probar circunstancias colaterales esencialísimas. No pocas veces, al contemplar los registros parroquiales mal llevados, desordenados, confusos, imposibles para determinar un dato preciso, necesario, he pensado cuán difícil y aventurado sería intentar obtener mediante ellos una verdadera y adecuada prueba.

La fe concedida á los documentos públicos, ó mejor, la presunción favorable á su autenticidad, debe inducir á prescribir formas tales que hagan improbable la falsificación de los mismos. La curia romana fué maestra en esta externa autenticación de los documentos; pergamino, caracteres, disposición del escrito, redacción, sellos, signos..., todo está por ella escrito rigurosamente. El mal había sugerido el remedio, ya que del clero, que en aquellos férreos tiempos tenía el monopolio de las letras, salieran famosos falsificadores. Los cánones y decretales, después de haber dominado uno y otro siglo, una vez pasada la oportunidad, considerábaseles como imposturas. Quizá algún escéptico osaría hasta decir otro tanto de las donaciones de Pipino y Carlomagno... No niego que en los modernos tribunales, más que de los requisitos extrínsecos, la autenticidad se infiere y pro-

viene del origen ó de la directa transmisión de los documentos mismos de parte de aquel de quien emanan. Mas aunque sea exacto, se exigen é imponen otras presunciones y ficciones jurídicas. El canciller que transcribe el acto, el expedidor que lo transmite, el dependiente que lo entrega, son todos auxiliares, que desaparecen, quedando sólo á la consideración del aprecio crítico una única autoridad, que compone y constituye en junto el acto inscrito y garantido; de modo que es preciso imaginarse un paso natural de uno á otro, cual si realmente se hubiera visto efectuarse. Ahora bien, en todos esos trámites, ¡cuán amplio campo no queda á la falsificación posible!

Pasemos ya á los instrumentos privados: considéranse tales todos aquellos que no derivan ó provienen de los magistrados competentes. Respecto de éstos no rige presunción alguna de autenticidad; es preciso mostrar ésta ó certificarla por otros medios. No basta que en un escrito esté la firma de una persona, para que sin más se argumente en el supuesto de que dicha persona es el autor del mismo. Debe probarse ésta como cualquier otra circunstancia; realmente, un título probatorio es una *circunstancia probada* (el escrito de una persona dada), la cual prueba *otra constitutiva ó indicio del delito ó bien el hecho mismo de que el juicio trata*. Se requiere, pues, en todo documen-

to, para que sirva como prueba demostrativa de un hecho, que ante todo se pruebe ó se presuma su *autenticidad* (al modo como en la prueba testifical se debe probar ó presumir la *idoneidad*), importando poco, al efecto, que constituya el hecho mismo, ó una circunstancia que permita indicarlo, ó, por último, un simple testimonio. Conviene ahora fijarse en la naturaleza mixta y evolutiva de la prueba escrita.

Las investigaciones acerca de un documento pueden enderezarse á dos fines opuestos: la comprobación del mismo, esto es, si el documento es ó no auténtico, y si lo que el documento contiene es verdadero ó falso. Ambos fines exigen examen, y para ambos se requiere atender á circunstancias del escrito mismo y á circunstancias extrañas y varias. A este propósito existen medios y procedimientos probatorios directos ó indirectos, personales ó reales. Sólo cabe indicarlos aquí: las particularidades, los detalles, y más aún las nociones experimentales y los análisis periciales, no deben ser tratados en estos estudios de mera lógica judicial.

Hablaré en primer término de las circunstancias que dan á conocer como auténtico un escrito; luego se hablará de poner en claro su falta de autenticidad. Un documento, considerado bajo cierto aspecto, es un suceso, un hecho; puede en tal con-

cepto ser objeto de narración y objeto de prueba personal. Cuando testimonios intachables declaran auténtico un documento, ofrecen prueba de su autenticidad, ni más ni menos que si se tratara de cualquier otro hecho. Y desde el momento en que se tiene una prueba testifical directa, se deben aplicar las mismas normas que para las demás comprobaciones obtenidas de un modo semejante. Una persona que, según el orden natural de las cosas (presunción), no puede equivocarse, ni quiere engañar, que testifica la autenticidad de un documento, ofrece, al tenor de los cánones antes expuestos, la prueba plena de tal hecho. Debe, pues, recordarse cuanto se dijo acerca de la naturaleza y de las condiciones del testimonio (XXII, XXVIII); no se trata, como es sabido, de una argumentación, de una suposición ni de un juicio, sino de una relación de hechos percibidos por el mismo que la hace. Así, un testigo no puede decir: creo que este documento sea auténtico, sino: es. Y pronunciando este *es*, no debe en modo alguno seguir una opinión inductiva, basada (por ejemplo) en la circunstancia de la semejanza ó aunque sea de la igualdad de los caracteres escritos, ó bien de la identidad de estilo y de tenor, ni tampoco atender á un simple recuerdo de un hecho de que fué espectador. De no haber sido espectador de un hecho tal que implique la autenti-

cidad del documento, no puede deponer acerca de la misma; debe limitarse á aquellas circunstancias que lo indican sólo; por ejemplo, tocante á la forma del carácter de la letra, que le parece la misma, que el autor aparente del documento le había dicho que era suya, y otros por este ó análogo estilo. Realmente, para que un testigo declare: ese documento es auténtico, es necesario que haya estado presente él mismo á su composición y lo recuerde y atentigüe, ya como autor ó coautor ó simplemente asistente.

Se dirá: ¿para qué sirve la prueba instrumental si es preciso acudir, para darle valor, á la testimonial? Si un documento no vale más que en cuanto los autores ó los espectadores lo confirman, ¿no será lo mismo que éstos depongan desde luego acerca de la circunstancia á que el documento se refiere?—No, por dos razones: en primer término, porque no podrían acaso recordar tal circunstancia; y luego, porque no podrían quizá ni haberlo sabido. Además podría ocurrir que una persona, aun sabiendo y recordando tal circunstancia, la negase, y sin embargo confirmase lo escrito, aduciendo, verbigracia, como excusa, que éste le había sido arrancado por fuerza, ó que lo había hecho bromeando, en cuyo caso se tendría la prueba externa, siendo preciso, en cuanto á la interna, calcular el valor de la excusa y de las demás cir-

cunstancias, según los principios aducidos en el capítulo de la prueba de indicios (XII-XX), y según aquéllos que se indicarán luego al tratar de la prueba documental interna (XXXVI).

Si para reconocer la prueba externa de la autenticidad se pudiera recurrir al uso directo de la prueba real, el documento no exigiría ya como necesario una *sobreprueba;* por sí mismo ofrecería la propia autenticidad, como una cosa, una circunstancia, una herida, una muerte....., que por sí mismas se prueban. Realmente, la prueba documental, si en su aspecto interno (siempre que no contenga el delito ó el hecho en definitiva juzgable) es personal, en su aspecto externo es real, la mayoría de las veces viene á ser una prueba personal ingerida en una real, ó un *testimonio realizado* en *forma real*. Al tratar, pues, de la prueba documental externa se deben tener presentes los principios de la real, toda vez que aquélla es una especie de ésta. De hecho, un documento es un cuerpo del delito, como un puñal, una ganzúa, una moneda falsa..... No se atiende entonces al tenor del documento (según el cual, como luego veremos, puede considerarse una circunstancia del hecho juzgable, ó un testimonio), sino que se lo considera como cosa material, aprendiendole é *inspeccionándole*. En este supuesto, se trata de saber si fué ó no fué falsificado, como si se tra-

tase de saber si una circunstancia real fué ó no artificiosamente producida, en vez de ser natural y propia del hecho que se quiere investigar.

Ya se ha advertido que en una causa criminal puede interesar tanto la comprobación de la autenticidad, como la de la no autenticidad de un documento, según la calidad del delito ó la de la prueba; en el fraude en los contratos, es preciso que el documento que lo contiene sea auténtico; en cambio en la falsificación de un escrito éste no puede ser auténtico. Volviendo á los criterios de autenticidad, para que ésta constase con las pruebas reales descritas, sería preciso que el hombre pudiera imprimir la huella personal de tal modo, en el trabajo hecho, que en el momento en que se presentara el documento hubiera que decir sin remedio: este escrito es obra de Fulano. Se ha querido ver una huella personal en la forma ó carácter de la letra, pero erróneamente, porque sería preciso suponer, en primer término, que cada hombre tiene una peculiar caligrafía, distinta de todas las de los demás hombres; además, que la forma caligráfica es en cada hombre invariable, á pesar de los cambios de edad y de la vida, variedad de plumas, papeles, estado del ánimo, y demás circunstancias que tanto y tanto influyen en esto..., y por último, que la letra no puede ser imitada por un tercero. Ahora bien, todos estos supuestos, y

sobre todo el último, están completamente destituídos de fundamento. Si el autor mismo reconociese como suyo un documento ó una firma, por el hecho solo del reconocimiento de la letra como propia, aun no ofrecería la base completa de la certeza, ya que al fin no puede testificar otra cosa que la semejanza ó igualdad de la letra, pero no la identidad. Si el reconocimiento de la autografía por parte del autor es válido en los juicios civiles, no lo es en los criminales, donde el testigo no prueba sino aquello que sabe por su propia ciencia y experiencia, y en cuanto no está permitido sostenerse en su propio error, ni vale la voluntaria admisión de la acusación. Tendráse un fuerte indicio vehementísimo, no un testimonio; éste únicamente se tendría cuando el autor dijese: este escrito es mío porque sé y recuerdo haberlo hecho yo mismo. Que se reflexione ahora en el valor de ciertos juicios ó dictámenes periciales: tal escrito es ó no es de Ticio. Para afirmarlo es necesario que los peritos calígrafos ó químicos, tengan un cúmulo tal de indicios positivos ó negativos, capaces de imponer como imprescindible tal determinada solución; pues si sólo afirman en virtud de que la letra es semejante, ó aunque sea, igual á la de Ticio, se equivocan sin duda, y el juez no debe acoger un error de tal naturaleza.

Ahora bien: cuando el documento no es públi-

co, ó, siendo privado, no es reconocido como auténtico por pruebas directas testificales, es necesario acudir á las indirectas, sean personales, sean reales. En este caso son aplicables las mismas reglas ó normas propias de la prueba de indicios relativa á cualquier circunstancia procesal; los indicios, en efecto, deben poner de manifiesto la autenticidad, y á esto que es término desconocido, el hecho que se quiere probar, se ha de llegar por inducciones basadas en circunstancias conocidas. Y hé aquí un nuevo ejemplo del entrecruzamiento de las diferentes clases de pruebas, ó de la coincidencia de varias circunstancias, en las cuales y por las cuales, consta el hecho complejo y final que la sentencia persigue. Supongamos que un documento se encuentra en poder de Fulano, que esté escrito en letra semejante á la suya, que aparezca como su autor, que contenga circunstancias sólo de él conocidas, que haya tratado de destruirlo, que sea inverosímil un engaño de un tercero... de todas estas circunstancias indiciarias surgiría un indicio grave: la autenticidad del escrito.

Mas, hablando del empleo de la prueba de indicios en los documentos, no puedo menos de volver sobre aquel peculiar indicio de los mismos que forma casi el tema único de quienes tratan de la prueba literal; me refiero de nuevo á la *semejanza de letra*. Bien sea que ésta se reconozca por el autor

aparente del documento, bien por testigos, que conocen de otro modo la forma de letra del mismo, bien por el juez ó por peritos (merced á la conocida operación del *cotejo)*, es indudable que de todo ello resulta un motivo de verosimilitud y probabilidad. Porque aun cuando puede ocurrir, según queda indicado, que varios tengan la misma letra, que la de uno mismo varíe, ó que un tercero la imite, sin embargo, estos casos son raros é improbables. En su virtud, surge un indicio de inculpación contra quien tenga el mismo carácter de letra que un documento criminoso; como, por ejemplo, surgiría contra quien hubiera estado en las condiciones de oportunidad en que se cometió un delito, por quien tuvo que ser su autor, á quien se asemejase aquél en su físico ó en la manera de vestirse. Pero precisamente estos tres posibles contrajuicios, estos argumentos tomados de lo *semejante y de lo verosímil*, como dice Ballo, no implican necesariamente un indicio, aun cuando á veces se reputen tales.

Hay aún otros indicios para reconocer la autenticidad de un documento, como el poseerlo, el recuerdo de determinadas circunstancias peculiares, su estilo, las relaciones extrajudiciales... Pero no es necesario que repita aquí cuanto queda dicho en los capítulos de la prueba de indicios (XII-XX).

La falsedad de un escrito se prueba con iguales

medios; así tenemos las deposiciones testificales directas (verbigracia, que fué hecho por una persona dada) é indirectas (que el supuesto autor ni siquiera sabe escribir), y las pruebas reales indirectas. Pero un documento puede ser falso de dos modos:

I. Cuando se hace un documento de manera que parezca auténtico.

II. Cuando se altera uno auténtico.

El primero de los documentos es un documento totalmente falso; el segundo resulta falsificado. Así como la semejanza de las letras es un indicio de autenticidad, la diferencia lo es de falsedad. Son más y más fuertes los indicios reales que apoyan y expresan ésta que los que denuncian á aquélla; no es, en verdad, difícil, mediante el arte del perito químico ó calígrafo, revelar la falsedad ó falsificación por cuidadoso y hábil que haya sido el falsario. Así los peritos, que con gran dificultad podrían provocar la plena certeza de la autenticidad de un escrito, sin gran esfuerzo provocarán la certeza plena de su falsedad.

Hay delitos especiales constituídos por la falsificación; tales son las varias especies de falsificación de documentos (declaraciones simuladas de obligaciones, recibos, letras, cancelaciones, adul-

teraciones, adiciones fraudulentas en documentos auténticos, sus registros.....) La identidad de la prueba literal externa con la real aparece aquí aún más clara; un documento falso no es una cosa distinta de cualquier otra huella permanente del delito, verbigracia, una sustancia adulterada, una moneda falsa, un documento bancario ó del Estado falso, por lo que la indagación judicial se encamina á discernir la cualidad de la cosa y el artificio usado. Puede á veces ocurrir que no sólo se tenga una mera prueba objetiva del delito, sino también una indicación subjetiva, por entrañar la obra falsificada huellas propias del autor. Realmente cabe reconocer en una moneda el ingenio de un hábil grabador, como cabe descubrir tras un documento el de un escritor eminente.

Antes de dar fin á este punto de la prueba literal externa, es preciso decir algunas palabras acerca de la imprenta. En atención á su carácter y condición de publicidad, hay quien la da una fuerza igual á los documentos públicos; pero en rigor no há lugar á este privilegio. Una imprenta es una institución privada; y aunque lo fuera pública, no se puede reputar documento público uno impreso, toda vez que es facilísimo imitarlo con los necesarios elementos. Si una imprenta tiene tipos especiales comparados con los de otras, esto únicamente puede servir para determinar la existencia de

indicios análogos á los que surgen de la semejanza de los caracteres escritos. En cuanto al contenido de un impreso, esto es, al *uso interno*, no puede tener otro valor que el de una deposición judicial escrita, inmediata ó mediata (conocido el autor), cuando no contuviera una ó varias de las circunstancias mismas á que el juicio se refiere. En un delito de imprenta, la acción material permanece precisamente en el impreso; probada la procedencia—el autor—se tiene la prueba del elemento material; pero no se puede dar como probada aquélla sólo porque vaya indicado en el impreso el nombre del autor. El impresor es como cualquiera otra persona que pone en un documento la firma de otro; queda siempre la necesidad de saber si éste es de veras el autor. En suma, la imprenta no es más que un modo especial de escribir (ó bien, más exactamente, de figurar gráficamente las ideas), y en su virtud está sujeta á las mismas reglas que las formas ordinarias. Otro tanto puede decirse de otros medios gráficos, tales como grabados, impresiones de palabras ó de símbolos ó imágenes equivalentes, en papel, mármol, bronce, etc.

XXXVI

De la prueba documental interna.

Considerada la prueba documental en su aspecto interno, fácilmente se infiere de qué modo tal prueba (ó mejor el documento de donde se saca) añade necesariamente una circunstancia que compone ó constituye el hecho del juicio, ó bien, lo declara ó testifica. Una verdadera prueba interna, según lo que ya se dijo, sería tan sólo la circunstancia como componente ó constitutiva del hecho juzgable; pero aquí, en el uso especial de la prueba escrita, doy este nombre también al testimonio que llamaríamos *interno* de los documentos, pudiendo distinguir en ellos mismos el contenido y el sentido.

En la valuación probatoria de los documentos es preciso distinguir según que contengan circunstancias ó relaciones del hecho sometido á examen. Si se trata, por ejemplo, de fraude, el documento constituye la convención fraudulenta, ó bien una declaración respectivamente del defraudador, del defraudado ó de terceros. En el primer caso el documento mismo constituye el delito ó el objeto que ha de consignarse; es también, aunque internamente, una prueba real de éste, siendo fácil su apreciación. Cuando un documento de tal naturaleza se presenta al juez, es como si le ofreciese un me-

dio probatorio real, ó bien como si asistiese él mismo á la realización del hecho de la prueba. Es ésta, en verdad, una copiosa fuente de certidumbre, y se verifica siempre que una circunstancia que debe hacerse constar se ingiere, por decirlo así, en un documento.

Los casos más frecuentes de un contenido criminoso en los documentos son:

I. En ciertos delitos políticos, un estatuto ó reglamento de sociedades secretas, un pacto de conjura, un bando de insurrección, una proclama revolucionaria.

II. En la violencia ó en la concusión, una carta conminatoria.

III. En el incesto ó en el adulterio, una carta amorosa.

IV. En los delitos de imprenta, los libros mismos impresos.

V. En las injurias, el libelo injurioso.

VI. En la falsificación de documentos, el documento falsificado.

VII. En las diversas especies de engaño y fraude, los contratos fraudulentos, capciosos, usurarios, simulados.

VIII. En la correidad intelectual de varias especies, y particularmente en el homicidio, los mandatos.

IX. En el duelo, la carta de desafío.

X. En la calumnia, la querella ó la denuncia.

XI. En la perturbación religiosa, el escrito antireligioso ó sacrílego.

XII. En el abuso de poder los actos y registros ilegales.

Y en general todos los casos en que es posible que el delito, ó bien el elemento ó circunstancia material del mismo, se impriman é identifiquen en su escrito. Lo cual, como se ve, ocurre más fácilmente en aquellos delitos que residen especialmente en maldades del pensamiento que se exterioriza.

Además de este uso directo de la prueba interna de los escritos, es posible, como ocurre con cualquier otro medio probatorio, un uso indirecto; en otros términos, es posible servirse de la circunstancia indicada por el documento, como indicativa, á su vez, de lo que se quiere probar. Supongamos un caso de usura: si en el documento estuviese escrito de un modo claro que el mutuatario pagará al mutuante un interés superior al legal, tendríamos una prueba directa; si por el contrario fuera una convención simulada, una venta fingida ó cualquier otra astucia, tendríamos una prueba indirecta. La prueba de indicios se introduce en todo momento en la apreciación de los

medios de certeza. Según se ha visto, se presenta en el uso externo del documento; como se ve, preséntase en el interno real; y como se verá inmediatamente, ocurre lo mismo en el interno testimonial. Ruego al lector que no tome á mal esta escolástica nomenclatura, de que gustosos prescindiríamos si tuviéramos otro modo de expresar con igual precisión el pensamiento. Siempre que la circunstancia de hecho contenida en un documento no es aquella á que el juicio se refiere, pero es tal que la *indica* por una natural indiferencia, se tiene el indicio documental; el cual, además, como toda otra combinación análoga, puede ser ó necesario ó contingente.

Es, pues, razonable y claro que para que se pueda valuar la significación interna de un documento, se requiera que éste resulte externamente probado como auténtico; de otro modo no tiene valor alguno. Pero acerca de esto se dijo ya lo suficiente, que no hay para qué repetir; baste sentar que se parte siempre del supuesto de su autenticidad. Admitida ésta, un documento prueba por su contenido, en la medida misma en que por sí solo, ó con el apoyo de otros medios probatorios, resulte necesariamente indicado el objeto que se trata de probar. Pero debe advertirse que, como todas las pruebas reales, ésta puede ser también artificiosamente creada ó adulterada, duda que es pre-

ciso desvanecer, llegado el caso, con presunciones ó con pruebas.

Hora es ya de hablar de la prueba interna personal por documentos, ó bien del testimonio escrito, directo ó indirecto, explícito ó implícito, expreso ó presunto. No es posible imaginar un título probatorio en lo criminal, sin que él mismo contenga bien sea las circunstancias que han de demostrarse, ó bien las relaciones de las mismas; y en esta segunda conjetura es cuando constituye un testimonio (dicho de una persona relativo á una cosa) recogido fuera del juicio merced á la escritura. Que el título sea *preconstituido* ó *casual* (para usar las palabras de Bentham), no importa; lo cierto es que contiene una deposición que no se ha verificado ante el Juez, que no es, por tanto, inmediata, ni está revestida de aquellas solemnidades y garantías propias de lo judicial, por lo que no es válida como prueba directa testimonial, aun cuando valga en concepto de indicio.

Pudiera alegarse, sin embargo, contra lo expuesto, el uso general en virtud del cual se acepta la prueba plena y directa de los títulos públicos; pero esto requiere una aclaración. Cuando decimos que un documento oficial prueba, sin más, la circunstancia á que se refiere, enunciamos una máxima que entraña dos distintas, pues ó bien se alude á la prueba externa, ó bien se alude á la interna.

Refiriéndose á la externa, ¿qué quiere decir la prueba plena del documento público sino que se presume auténtico ó sea adornado de los requisitos extrínsecos del legalidad? Corresponde esto á la verdadera noción de los documentos. Pero en cambio, al hablar de la prueba plena interna, cuando se dice: tal circunstancia es cierta, porque lo testifica así un documento oficial...., aun cuando esto parezca derivarse de la prueba escrita, y así se conceptúa en la práctica, no se deriva en modo alguno No se debe tener por verídica una relación porque esté escrita en forma pública, sino porque procede de una autoridad pública. El escrito es fidedigno, no por ser *auténtico,* sino por ser el dicho *autorizado*. La autenticidad del documento certifica que existe semejante relación; pero lo *autorizado* de la referencia es lo que certifica la cosa relatada. No hace falta un estudio especial para ver que la escritura, en una declaración de oficio, no es más que un artificio empleado con el propósito de perpetuarla y de transmitirla. Así, pues. el valor probatorio interno de un documento público, no es más que el valor de un público testimonio; de un testimonio privilegiado, en cuanto que, aunque sea extrajudicial, se presume irrefragable, perfecto, legítimo. Pero este punto de vista ya lo hemos estudiado con relación á la prueba testifical. Baste aquí notar que, en virtud

de la presunción de veracidad que adorna á las referencias oficiales, éstas valen como directos y perfectos testimonios, en cuanto su objeto es de la competencia del magistrado que refiere, y en cuanto la presunción no se desvanezca en razón de influjo de pruebas, aunque sean imperfectas, de la inidoneidad moral, intelectual ó física del mismo (XXII).

Mas fuera de este privilegio de las deposiciones oficiales (inherente,por lo demás, no al documento, sino á la relación), cualquier revelación contenida en un documento es una verdadera deposición de que el escrito viene á ser depositario, y, si así puede decirse, el testigo mismo de un modo mediato inanimado. Síguese de aquí que la prueba de una circunstancia relatada en un documento es de índole indiciaria, y se resuelve en aquellos indicios que surgen de las manifestaciones extrajudiciales del imputado ó de los terceros, anteriores ó posteriores al hecho del proceso (XVII-XVIII). No es, pues, preciso repetir lo ya dicho, toda vez que no cambian la naturaleza ó esencia de ello por tratarse de escritos, y que continúan siendo los mismos los indicios. Supongamos que hay en un proceso una hoja, en la cual uno amenaza á otro con una venganza, un libro en que otro anota una suma recibida, una carta en que un tercero pide perdón al ofendido de una injuria,

una relación de un cuarto que narra un suceso de que fué espectador...: fácil es comprender que hay en todo eso una porción de medios de pruebas conjeturales. El cálculo es, sin embargo, difícil, y no pocas veces la mente tiene que rendirse y darse por vencida, sin saber que inducción deberá ser la preferible. Es necesario, en primer término, comprobar la autenticidad del documento, y luego la perfección probatoria del indicio de las revelaciones en aquél contenidas, tomando en cuenta sus diferentes circunstancias. La mayoría de las veces la revelación no es completa, y explicada, entraña una indicación, un argumento de los cuales á la vez se induce... siendo así necesarias nuevas inferencias, nuevas conjeturas, nuevos peligros de perderse en los laberintos de la lógica. Ticio, presunto asesino de Cayo, escribe en un papel á Mevio: ¡ahora duerme! ¿Quién duerme? ¿Y con qué sueño? ¿Es acaso con el sueño de los muertos?... El juez se recoge en sí mismo y piensa y arguye: quiere probar que en aquel dicho hay hecha una confesión, que ésta fué seria, formal, completa, veraz, que el confesante mismo no se engañó ni pretende engañar. No aludió sino á Cayo, y á su sueño eterno por él producido. Escribe sueño, y sabe lo que esto indica... He aquí las cosas que han de probarse con los medios adecuados, con presunciones, con pruebas, toda vez que hace fal-

ta enlazar necesariamente, las enigmáticas palabras del escrito, con el delito abominable que se investiga.

XXXVII

De las pruebas imperfectas.

El uso ha consagrado esta denominación contradictoria de *pruebas imperfectas,* á pesar de que la idea de lo probado y la de imperfección se excluyen y repelen; pero como el uso es quien regula el lenguaje, aun cuando éste resulte á menudo impropio, es necesario aceptarlo y acatarlo. Ahora bien, cuando un medio ú objeto probatorio, tomado singularmente, no es suficiente para producir la certeza, aunque pueda serlo unido á otro, llámase *prueba imperfecta* en consideración precisamente á su valor virtual, realizable en cuanto concurran determinadas circunstancias. No debemos, sin embargo, prescindir de referirnos á un modo de comprender la prueba imperfecta por parte de la jurisprudencia distinto de aquel que aquí se verá adoptado. Las gentes del foro reputan tales á aquellas que prueban (aunque sea perfectamente) algunas, pero no todas las circunstancias del delito; esto es, aquellas que llaman *semiplenas.* De modo, que la imperfección, lejos de consistir en la falta de certeza, indica, bien sea el

defecto de no comprender todas las circunstancias verificables, ó bien el de no tener todos los requisitos accesorios por las leyes prescritos. Partiendo del supuesto según el cual el campo histórico de un juicio criminal, más bien que un delito, es una reunión de circunstancias diversas morales y materiales, más ó menos relacionadas, ó aunque sea contrarias al mismo, ya se hizo notar, cuán imposible es con una sola prueba (por ejemplo, un testimonio ó un documento) demostrar todos los hechos á que una sentencia se refiere. Ahora bien, si prueba imperfecta en el sentido práctico es aquella que no demuestra todos estos hechos, sino sólo algunos, todo juicio criminal tendrá por necesidad que fundarse en pruebas imperfectas. Por el contrario, considerados los indicados hechos particularmente, cada uno de ellos puede ser demostrado con una sola prueba, la cual, si con relación á todos es imperfecta (pues no basta para demostrarlos todos íntegramente), con relación á uno ó á varios de ellos es perfecta (es decir, bastante). Ahora bien, admitido que no puede darse una prueba de tal naturaleza que demuestre íntegramente el conjunto de hechos juzgables; admitido que una prueba perfecta en el sentido de los doctores y de los curiales no existe, parece que se debía rechazar este nombre como impropio, á menos de considerarlo y tomarlo en un sentido

más preciso. Realmente, la perfección no está, pues, en la comprensión de todos los hechos, sino más bien en la plena demostración de aquellos á que se refiere. En una sentencia no se puede hablar de una sola prueba, á no entender por ésta una prueba compleja, resultante de todas las pruebas particulares, directas ó indirectas, personales ó reales, internas ó externas, simples ó compuestas.

Esta última distinción nos lleva á la consideración de una particular prueba perfecta, resultante á su vez de varios medios ó circunstancias ó partes de prueba, ó como quiera decirse. Y henos aquí, casi sin pensarlo, frente al verdadero y lógico concepto de la prueba imperfecta. Es esta *aquella parte de prueba que unida á otras partes semejantes compone una prueba perfecta,* y siendo así no vale para todos los hechos, sino para uno ó varios de los que la sentencia comprende. Las pruebas imperfectas, además, que pueden llamarse también (según la antigua jurisprudencia) incompletas ó semiplenas, tanto internas como externas, son aquellas que aducen de algún modo un hecho, pero sin presentarlo como cierto. Por lo que en materia criminal importa tenerlas como pruebas, que si no solas, condicionadas entre sí pueden alcanzar la perfección y el valor de la prueba.

Antes de proceder á la apreciación de las mismas merced á su coincidencia, conviene conocer sus varias especies, esto es, indicar de cuántos y cuáles modos puede ocurrir que una circunstancia señale un hecho que quiere probarse, sin que por ello lo demuestre perfectamente.

Las especies de que se trata son las que siguen:

I. *Pruebas externas que no reunen todos los requisitos necesarios para que sean plenas* (testigos de escasa memoria, sospechosos por cualquier afecto).

II. *Pruebas mediatas, ó sea no originales* (testigos de oídas, declaraciones escritas, copias).

III. *Pruebas ilegítimas* (testimonios forzados, extrajudiciales, ó bien producidos ante un Tribunal civil ó ante uno penal incompetente).

IV. *Pruebas de probabilidad directas* (afirmaciones no firmes de los testigos, dudas, sospechas, juicios probables de peritos).

V. *Pruebas de probabilidad indirectas* (indicios aislados, contingentes).

Examinando ahora especialmente cada una de estas cinco clases, hablaré en primer lugar de la prueba imperfecta externa propiamente dicha. Supongamos el testimonio de una persona cualquiera que no tiene un defecto que la inhabilite, como le pasaría á un ciego respecto de cosas visibles,

pero que sin embargo adolece de alguno de aquellos defectos que, sin inhabilitar, implican cierta presunción de inveracidad, como pasaría, por ejemplo, con un miope, un desmemoriado, un correo, un parcial ó apasionado por motivos, bien sea de intereses, bien de afecto, etc., y en general con un sospechoso. Si existen circunstancias que disipen la sospecha, si verbigracia las causas que impelen á admitir la falsedad del testimonio (vínculo de la sangre, correidad) se encuentran vencidas por las que impulsan en sentido contrario (probidad notoria, desinterés manifiesto), la presunción se desvanece y la prueba resultante del referido testimonio queda saneada y se convierte en una prueba idónea y perfecta. Pero en cambio, si no constan circunstancias que disipen la sospecha, el testimonio será tal que aun cuando despierte en el ánimo del juez cierta inclinación á admitirle como probable, no puede nunca provocar la certeza. Sin duda podría preguntarse: pero ¿es que con un concurso de semejantes probabilidades no sería dable hacer surgir la certeza? Ciertamente; cuando se ofrece un testimonio defectuoso puede muy bien suplirse el defecto con otro que no carezca de los requisitos adecuados ó con otro medio probatorio. Casia, un tanto desvariada, afirma haber sufrido una afrenta de Ticio; si Mevio, el cómplice, lo afirma también, ten-

dremos el defecto mental de la primera compensado con la inteligencia del segundo, y la falta de probidad de éste con más sus ocultas miras, neutralizadas con la probidad y el desinterés de aquélla.

La práctica no está de acuerdo; pero por mi parte no encuentro absurda en teoría esta compensación. Antes bien, encuentro que la ponderación entre los medios de cerciorarse, se efectuará de ese modo, en virtud de mutuos auxilios y excisiones. Que puede haber razones de conveniencia política que aconsejen prescindir de ese procedimiento, es una cuestión muy diferente; la lógica no rechaza, ni repugna, que un testimonio que se presuma sospechoso, se haga válido una vez eliminada, de cualquier modo que sea, la causa de la sospecha. ¡Qué más!... En la misma coincidencia de dos ó más testimonios imperfectos, aunque por distinto motivo, se puede tener tal eliminación, compensándose la imperfección parcial del uno, con la perfección parcial del otro, ya que, al fin, un testimonio sospechoso (no inidóneo ó inhábil en absoluto) tiene de peculiar y propio el ser parcialmente perfecto y parcialmente imperfecto. Según las exigencias de la lógica, es, pues, admisible una certeza (téngase siempre en cuenta: de un hecho particular, no de un crimen) resultante del concurso de dos pruebas imperfectas, aun cuando la ju-

risprudencia práctica no la reconozca. Verdad es que por otro lado conviene notar que, mientras ésta admite á veces como idónea la deposición con ciertos requisitos de los correos, aquélla no la admite sino como sospechosa, sea cual fuere su número. Y esto porque aunque sean mil los testimonios sólo valen como uno y continúan siendo imperfectos si todos tienen un mismo defecto pues no cabe en tales circunstancias compensación mutua de ningún género. «Realmente, dice Pagano, si de la unión de varios indicios débiles por medio de su acumulación y en virtud de su gran número puede obtenerse la perfecta demostración moral, sin embargo, es menester que los tales indicios sean distintos y no el mismo indicio varias veces repetido; en este caso último, por mucho que el indicio se repita, como la unidad multiplicada por sí misma no produce más que la unidad, el resultado probatorio no podrá cambiar nunca. Ahora bien: el indicio de los llamados de varios socios es un mismo indicio varias veces repetido.» Aun cuando una turba de correos afirme que una persona ha delinquido, la *sospecha* queda siempre en pie, ya que la infamia, la pena y sobre todo un interés cualquiera, un propósito dado de impunidad ó de venganza, alcanza á todos y á cada uno en particular. Por tanto, pues, para que el defecto de un testimonio cese, es preciso otro testimonio que,

aunque tenga su defecto, éste no sea semejante al del primero. Si para probar una circunstancia basta un solo testimonio idóneo, aun cuando el testimonio ofrecido tenga un defecto, si este defecto se suple con el requisito positivo de otro testimonio diferente, el primero resultará apoyado por el segundo, al modo como un indicio puede ser apoyado por otro indicio, alcanzando así mayor valor. En cambio, cuando el apoyo del testimonio defectuoso provenga, no de otro testimonio, sino de varias circunstancias reales (como en el caso de que un penado diera cuenta de haber sufrido ciertas violencias y hubiera huella de las mismas, ó un ciego confesare haber dado muerte á quien yace en el suelo exánime), se logrará ya la perfección completa de la prueba. Cuando en el proceso existan pruebas imperfectas y no puedan completarse con otras, entonces no tienen valor; pues sólo puede tenerse por cierta una circunstancia, desde el momento en que conste en virtud de una prueba perfecta, simple ó compuesta.

Las tres especies que siguen de imperfección refiérense también á la prueba externa, y surgen de la falta de requisitos especiales; así, la segunda proviene de la falta de *originalidad* en el medio probatorio aducido; la tercera, de la *libertad, jurisdicción ó competencia;* la cuarta, de la falta de *precisión, determinación* y *afirmación*.

Comenzando por la segunda especie, que puede afectar tanto á la prueba real como á la personal, se ve que la prueba, mediata bajo un cierto aspécto, es inmediata respecto de la circunstancia á que verdaderamente se refiere, y como tal perfecta. Dada la perfección externa, es de hecho cierto que la *copia* (que es prueba mediata real), si no certifica la circunstancia considerada en el documento original, prueba sin embargo este documento mismo; como es un hecho también que el testimonio auricular, si no prueba la circunstancia que directamente se considera, prueba sin embargo la existencia de lo que considera de un modo inmediato, lo que ha oído. Así, pues, las pruebas mediatas, en cuanto se refieren á la inmediata, son perfectas, si bien mientras se refieren á la circunstancia á que estas últimas aluden son imperfectas; y cuando se posean semejantes pruebas, debe el juez razonar de un modo análogo á este: está averiguado que hay un documento original ó una deposición judicial; sólo resta apreciar el valor de estas circunstancias probatorias, inducir qué significado tienen y acudir, en suma, á la prueba de indicios. Precisamente por esto he enumerado en particular las deposiciones extrajudiciales entre los indicios (XVIII), siendo de este modo como puede resolverse la cuestión á ellas referente. La argumentación indiciaria puede por vía de ejem-

plo formularse de este modo: de la existencia de una declaración extrajudicial, ¿qué inducción cabe hacer? Convendría en ese caso examinar las condiciones de aquél que la presta, de aquél que la recibe, así como el modo, el tiempo, el lugar, el por qué y las circunstancias accidentales; en suma, el objeto de esta prueba inmediata, que ya no lo es respecto del juez, que ya no es una prueba personal, externa, directa y perfecta para él, sino interna é indirecta, y que sin embargo (como cualquier otro indicio), una vez determinadas ciertas circunstancias y el nexo necesario entre ellas, puede ser igual á una perfecta. Pero se me puede preguntar: ¿cuál es en general el valor de un testimonio de oídas?—Tiene un valor de indicio vehementísimo contingente, el cual puede elevarse al grado de necesario, cuando los requisitos que hacen perfecto el testimonio visual, se comprueben por otros medios en el auricular. De hecho, ¿por qué razón el testimonio inmediato judicial tiene un pleno valor si no es porque, habiéndose verificado ante el juez mismo, éste lo comprueba directamente, constándole así que es tal y como debe ser, esto es, explícito, particularizado, completo, libre, idóneo en suma, condiciones éstas que el testimonio mediato no puede presentar ó presenta inadecuadamente? Añádanse, sin embargo, otras pruebas y presunciones merced á las cuales se evidencie que el tes-

timonio extrajudicial reune todos los requisitos del judicial, y que el que lo ha prestado no se equivocó ni quería engañar..., y entonces surgirá necesariamente una prueba perfecta.

Es fácil, por lo demás, apreciar y estimar las pruebas personales ilegítimas en estricto sentido, por ser extrajudiciales, ó incompetentes, ú obtenidas en virtud de engaño, de amenazas ó violencias. En tal caso es necesario subsanar el defecto merced al concurso de otras pruebas, que determinan la formación de una prueba compuesta, interna ó externa.

Ocurre á veces que confesantes, testigos y peritos deponen dudosa y vagamente; indican, verbigracia, en forma de suposición un hecho que, sin embargo, no se deciden á afirmar. Casia, que quería confesar sinceramente su delito, no sabe decir si el niño por ella arrojado al agua estaba vivo ó muerto; pero más bien se inclina á creer que estaba muerto... Ticio robó varias veces á Sempronio; pero ignora él mismo el momento y la suma... A algunos testigos les parece haber reconocido á la luz de la luna á Julio como matador de Manlio; pero no pueden afirmarlo con seguridad... Otros vieron á Publio y á Lucio pelearse, y creen que el instigador fué Lucio; pero no se atreven á asegurar que la cosa no haya pasado de otro modo... Los peritos suponen que la herida hecha á Tito le

había producido la muerte; pero sin afirmarlo resueltamente... Otros peritos opinan que el documento está escrito por Tulio, pero no lo aseguran... Ahora bien, estas suposiciones, estos pareceres que admiten la posibilidad de lo contrario, estas deposiciones á medias, estas afirmaciones inciertas, ¿qué valor probatorio tienen?—No teniendo en sí mismas la cualidad de ciertas, no pueden, naturalmente, despertar la certeza en el juez; para que se consoliden, saliendo del campo de la probabilidad, es preciso que otros medios de mayor fuerza vengan en su apoyo y hagan surgir la certeza; aquí también se puede conseguir una prueba compuesta mediante la aseveración de hechos que justifique sus lados débiles. Contestando á los precitados ejemplos, si el feto de Casia no ofrecía caracteres de vitalidad; si los hurtos de Ticio pueden determinarse de un modo aproximado por otros caminos; si Julio era enemigo de la víctima y confesó extrajudicialmente la muerte; si Lucio era el más violento y tenía algo que vengar; si Tito murió inmediatamente después de herido y no había causas morbosas y graves preexistentes; si el estilo del documento es el mismo de Tulio y éste lo poseía, etc., etc., tendríase el suplemento necesario, el remedio del defecto, mediante el refuerzo exigido para vencer las oscilaciones de las deposiciones aducidas.

En suma, tanto en estas pruebas como en las precedentes de las diferentes clases de imperfectas, vese al fin y al cabo que son, por decirlo así, indicios *externos,* y que la prueba compuesta resultante de los mismos, equivale á la prueba conjetural resultante de los internos, por lo que se deben aplicar las mismas leyes. Acerca de la prueba imperfecta indiciaria (quinta especie), no son precisas ulteriores aclaraciones; basta, en rigor, recordar cuanto se ha dicho acerca de la prueba de indicios en general (XII, XV); sabido es que un indicio contingente no vale, si no es en un concurso, del cual surja un indicio complejo necesario.

XXXVIII

Del cálculo probatorio.

Enumeradas ya todas las especies de pruebas, es natural hablar del uso y del cálculo que debe hacerse cuando se presentan; pero ante todo séame permitida una advertencia. No se puede pronunciar un juicio exacto y recto sino después que se posean todos los elementos sobre los cuales ha de fundarse. El juicio (ó sentencia) criminal presupone, pues, que se han recogido todos los materiales que su justicia exige. La argumentación no puede ser justa á no ser por accidente cuando no se tie-

nen todos los extremos que lo justifican. Si en un proceso hay un testigo que afirma y otro que niega, y no se admite más que el primero, y también si hay un testigo que conoce el hecho con la circunstancia que excluye ó atenúa la imputabilidad y sólo se recoge la narración del hecho, sin la circunstancia, es probabilísimo y casi seguro que la sentencia será injusta. Hay una prueba perfecta personal contra un individuo por homicidio; pero si la supuesta víctima vive y anda, y si en nada se ha resentido su existencia, si aquél fuese condenado, será condenado un inocente. De este modo, el juicio es justo con relación á los datos presentados y recogidos; pero no lo es absolutamente, esto es, con relación á los datos posibles. No se debe decir, pues, que para la adquisición de la certidumbre se exige (por ejemplo), además de la confesión y del testimonio, el *cuerpo del delito* pedido por los prácticos. No, se puede prescindir de éste cuando aquéllos son perfectos y siempre con relación á hechos referidos ó referibles. Mas es, sin embargo, cierto que en la instrucción del proceso, en que se tiene que tratar tanto de lo que prueba la inocencia como de lo que prueba la criminalidad, debe investigarse dicho cuerpo del delito. Y, en todo caso, si no constase, y su existencia fuese necesariamente inherente á la existencia del hecho depuesto (como cuando en un estupro reciente no

hubiese huellas, ó en una herida también reciente no hubiese herida); una vez averiguado que una circunstancia real negativa contrariaba de tal modo la afirmación testimonial, ésta perdería su valor. Ahora bien, resumiendo estas indicaciones, advertiremos que, cuando el magistrado se ciñe al juicio penal, debe procurarse todas las pruebas humanamente obtenibles, ya de cargo, ya de descargo; de otro modo no cabe hablar ni de recto cálculo ni de sentencia justa. Realmente es este un paso peligroso. Cuando se llega á la sentencia, claro es, se presupone la completa comprobación de todas las circunstancias afirmativas y negativas, principales y accesorias; pero ¿quién puede asegurar que no falte algo? No debe olvidarse nunca lo frágil de los medios con los cuales buscamos y vemos la verdad; ¡siempre presunciones y presunciones... sin contar con la excepciones de hecho que respecto de las tales presunciones ocurren constantemente! En el procedimiento criminal, más aún que las arbitrariedades, deben prevenirse las omisiones. Aquéllas, por su índole positiva, pueden reconocerse fácilmente, mientras que éstas, dada su índole negativa, no siempre es fácil reconocerlas. Supongamos un testigo: lo creemos intachable porque así lo declaran y garantizan todas las apariencias. Pero si no se ha investigado las circunstancias de su vida, sus afec-

tos, si no se ha puesto de manifiesto en la instrucción su amor ó su odio, su interés y demás datos que podían hacer de él un testigo inhábil, ¿qué de extraño tiene que nos engañe?

En un proceso no se puede admitir una circunstancia, ya sea moral, ya sea material, sin que esté probada ó se presuma; pudiendo decirse que en este punto es al juez á quien corresponde el deber y el peso de la prueba, no siendo sino una manera impropia de hablar, tomada del derecho civil, aquello de que sólo compete tal deber al acusado ó al acusador. «La obligación de la prueba incumbe á quien afirma una cosa»; máxima es ésta, sin duda, tan vieja como justa. Nadie puede tener la pretensión de ser creído bajo su palabra; de donde nace la obligación de probar el dicho y esto tanto en los negocios comunes de la vida como en las materias criminales. Pero al tratar aquí de las pruebas se han de comprender entre ellas las presunciones en su calidad de pruebas supuestas, esto es, admitidas tácitamente por asentimiento común. Ahora bien, á la copiada máxima de la obligación de probar del que afirma hay que añadir la presunción de inocencia, merced á la cual nadie tiene obligación de probarla cuando resulte gratuitamente negada, aunque sí debe hacerlo cuando se contradice en virtud de delincuencia probada; he aquí un ejemplo: Mevio es llevado ante el tribunal

por latrocinio,—¡Si soy inocente! exclama.— No, añade el acusador: Ticio y Cayo te vieron robar á Sempronio; la policía te ha visto correr, te seguía é iban al alcance y te cogieron la bolsa del robado...

He ahí realmente probado el latrocinio ó sea la delincuencia de Mevio; en su virtud, si lo negase, está obligado á probar á su vez su inocencia, que ya no es posible presumir; ó lo que es igual, está obligado á contraprobar el robo afirmado. Pero se dirá acaso: ¿cómo admitir esta contraprueba? Si una cosa probada quiere decir que es cierta y á pesar de ello se admite que cabe contraprobarla, parece como que se cree posible que una cosa puede ser y no ser al mismo tiempo. Mas debe recordarse que las pruebas jurídicas son pruebas que pudiéramos llamar *aparentes* y *condicionales,* que subsisten y valen mientras otras pruebas no las desmientan ó anulen. En el caso expuesto se tiene la prueba del latrocinio de Mevio; pero no es imposible que tal prueba sea falsa, y que por tanto, no sea prueba en el propio sentido lógico. Mevio puede, en verdad, responder por ejemplo: ni son verdaderos el testimonio de Ticio, ni el de Cayo, ni el de la policía; están engañados ó mienten; porque yo, Mevio, durante el supuesto robo me encontraba á cien millas de distancia, según puedo aseverar con mil testigos si es preciso. En cuyo caso,

si esta contraprueba alcanza buen éxito, la prueba anterior se anula y la presunción de inocencia vuelve á prevalecer. Pero supongamos que antes de la primera negativa de Mevio, el acusador del latrocinio no hubiera podido aducir ningún testimonio ó sólo un testimonio insuficiente; aun cuando el acusado haya acudido á una contraprueba, podía bastarle la presunción de su inocencia. Porque, resumiendo, cabe afirmar que quien quiera que como acusado ó acusador afirme una cosa, *debe* ofrecer, ó la prueba, ó su equivalente: la presunción; si bien este *débito* es en cierto modo *lógico* y no *legal*. Por lo demás, no es necesario añadir que entre una presunción y una prueba perfecta ésta es la que prevalece.

Esto nos lleva á tratar ahora del conflicto entre las pruebas y las presunciones. Si las pruebas fuesen absolutamente perfectas (cual es posible imaginar en abstracto; pero no es posible definir y señalar en concreto), un conflicto, una oposición, una contradicción entre ellas sería absurdo; pues de otro modo resultaría que una cosa sería verdadera y falsa al mismo tiempo. Mas dígase lo que se quiera de este vocablo capcioso, el uso admite y reconoce entre las pruebas algunas que denomina perfectas y otras que no estima tales, aun cuando las perfectas (en concreto) se tomen siempre en un sentido relativo ó formal: son perfectas en cuanto

tienen aquellos requisitos que la jurisprudencia ó las leyes exigen.

Entre las mismas pruebas perfectas así entendidas, puede presentarse una contraposición, de modo que unas resulten rechazadas por las otras. Ahora bien; ¿cómo regular semejante conflicto?— ¿Es fácil encontrar una guía segura siguiendo la norma seguida en otros asuntos? Las pruebas superiores vencen á las inferiores. Con semejante criterio, supuesta la indicación de todas las posibles combinaciones, resultan las decisiones especiales siguientes:

I. Si el conflicto fuese entre pruebas perfectas personales, se anulan.

II. Si fuese entre pruebas perfectas personales y reales, prevalecen las segundas.

III. Si el conflicto se presentase entre pruebas imperfectas ó entre perfectas é imperfectas, se neutralizan.

Las pruebas no deben considerarse aisladamente, sino unidas, teniendo en cuenta que siempre que una prueba resulte contradicha por otra (ó simplemente perjudicada) cesa de demostrar. Dos testigos (en el sentido práctico) *idóneos* declaran haber presenciado un delito cometido por un acusado. Si esta prueba se tomase separada de los

demás datos del proceso, sería suficiente para producir la certeza; certeza, sin embargo, engañosa, si otros dos testigos, también idóneos, afirman que el imputado no ha cometido el delito. Así, pues, es preciso tomar toda prueba conjuntamente con las demás, aceptando aquellas que entre sí concuerdan, ó á lo menos las que no se contraponen. En el caso indicado tenemos dos testimonios dobles de igual valor, pero contrarios: por tanto, se anulan; ni la delincuencia ni la inocencia resultan de ellos, quedando en pie esta última en virtud de la presunción que favorece á todo hombre. Cuando se consideran varios testimonios no se debe confundir la diversidad *contradictoria* con la *diversificativa* y *acumulativa*. En la primera surge un verdadero conflicto (uno de los testimonios tiene que ser necesariamente falso); en la segunda, por referirse á circunstancias accesorias, es posible una conciliación; en la tercera, en lugar de un conflicto, lo que hay es un concurso probatorio.

Las pruebas personales, no sólo deben concordar con las demás pruebas, sino también con una especie de presunción indeclinable é invencible, esto es, con la verosimilitud ó la notoriedad en alto grado. Supongamos que tenemos algunas de las llamadas *pruebas perfectas* en conflicto con la verosimilitud; de una de ellas (por ejemplo), resulta

que una mujer tuvo en un parto treinta hijos buenos y sanos. No tenemos contrapruebas; pero en cambio hay un equivalente poderosísimo de éstas, la improbabilidad en alto grado, casi una imposibilidad, que en lucha con aquellas pruebas, les priva de todo su valer. Mas y ¿quién asevera y testifica la inverosimilitud?—La *notoriedad* (no la especial de que hablaban los antiguos criminalistas, sino la común y corriente, la que resulta del público patrimonio de datos y de hechos), por donde vienen á ser una misma cosa el lado intrínseco y el lado extrínseco de esa potente presunción. Pero de este punto ya se ha hablado antes (VI).

En el caso de un conflicto de las pruebas con las presunciones, aquéllas, sin ser perfectas, no las pueden anular. Si, en fin, ocurre un conflicto de presunciones, sin la base que prestan las pruebas, se anulan entre sí, ó bien persiste la presunción cardinal, cual es la de que no hay delito ni dolo. Precisamente á causa de esta presunción no vale la prueba imperfecta, considerándose ésta como no existente por carecer de valor para anular aquélla.

XXXIX
De la prueba intencional.

Antes de hablar del juicio definitivo ó sentencia, y á fin de precisar su *campo histórico,* ó bien aquel conjunto de hechos sobre que tiene que recaer, es preciso examinar la parte interna y moral del delito, ya que, como queda dicho (XXXVIII), todas las circunstancias del mismo deben ser tenidas en cuenta y comprobadas. Todo delito consta de dos elementos esenciales: el *propósito* y el *acto;* no puede, pues, estimarse aquél demostrado sin la mutua comprobación de éstos. No basta la prueba de la material ejecución del delito, sino que es preciso la de la intención. Claro aparece, pues, el error de aquellos que conceptúan demostrado un delito en cuanto consta su elemento material y externo.

Toda *acción* está determinada por una *volición;* pero no toda volición es *imputable,* y aun cuando lo sea, no lo es siempre en igual grado; de ahí nacen las circunstancias eximentes, agravantes y atenuantes de la imputabilidad. Un acto de la voluntad que, exteriorizado por la obra, da origen á lo que constituye la parte material del delito, sólo es imputable cuando es *libre;* siendo más ó menos imputable según que es más ó menos libre.

Ni aun objetivamente (es necesario persuadirse) existe un delito cuando al lado del *efecto* no hay el *afecto* criminal. Consta la muerte de un hombre. No por esto consta la delincuencia objetiva, no por ello hay el *homicidio doloso*. Para que haya este crimen es preciso, no sólo tal acción externa, la muerte, sino también una intención criminosa, sin la cual el hecho pudo ser fruto del *acaso*, de la *desgracia* ó bien *muerte por descuido, por imprudencia*.

Esto no obstante, las prácticas criminales, ciegas y precipitadas tantas veces, cuando no resulta desde luego, no suelen cuidarse de esta prueba, que llamaré *intencional*—por referirse á la comprobación del elemento interno moral del crimen, la intención—. Inmediatamente que se tiene la prueba de cómo se *produjo* el delito, se le conceptúa demostrado, olvidando que con eso no se tiene probado el delito, sino sólo uno de sus elementos. Ticio quita á otro el reloj.—¡Es un ratero, un ladrón!—¿Despacio! ¡despacio!—¿No pudo haber creído Ticio que el reloj era suyo? ¿No pudo tomarle para resarcirse de cualquier deuda? O bien, ¿no pudo hacerlo con intención de restituirlo, ó por broma?..... Para afirmar que Ticio lo ha robado es preciso rechazar todas estas posibilidades y las demás análogas, sea mediante presunciones ó mediante pruebas contrarias.

La comprobación de la intención es necesaria,

no sólo para determinar si y cuál delincuencia ha habido en un hecho realizado, sino también respecto del no realizado, esto es, respecto de la tentativa. Cayo se introduce de noche en una casa por una brecha abierta por él. ¿Qué va á hacer? ..... Va á robar; dirá un juez que en todas partes ve ladrones. Sin embargo, bien puede haberse introducido por otros motivos; por ejemplo, para ejercer determinadas violencias con fines sexuales ó por motivos inocentes, por broma ó realizando un lance amoroso; y como todo esto y mucho más es verosímil, de ahí la necesidad de averiguar el verdadero fin. Pero dado que sea conocido éste y que sea precisamente el robo, ¿de qué especie y en qué grado le será imputable? ¿intentaba un robo sin importancia ó un robo con violencia en las personas, de qué cosas y de qué suma? Y en el supuesto de que hubiese logrado abrir un armario, ¿se hubiera apoderado de todas ó de alguna de las monedas que allí había? ..... Todo esto debe hacerse constar por pruebas directas ó indirectas, lo cual es, sin duda, difícil; por lo que será necesario suplirlas con presunciones.

La prueba intencional debe, según lo expuesto, resolver las siguientes cuestiones:

I. Si el acto de la voluntad determinante de la acción fué libre ó no.

II. Si en caso de ser libre lo fué perfecta ó imperfectamente.

III. Si se realizó de improviso ó con premeditación.

IV. Si fué con conocimiento ó no de sus consecuencias.

V. Si, en el supuesto del conocimiento de las consecuencias, se perseguía alguna.

VI. Si fué por necesidad ó por elección.

Sólo examinando todos estos estados psicológicos, todos estos grados de la voluntad, en que puede encontrarse el ánimo del autor de un hecho, que puede ser delito, y sólo consignando ó comprobando alguno, se podrá decidir con relación al mismo, si hubo imputabilidad, y de qué clase, en el agente y en la acción. Y digo *en la acción,* porque ésta en sí misma sólo es imputable y criminosa, en cuanto en ella concurre la libre voluntad.

Sería inútil esperar la comprobación de todos estos estados del ánimo con las pruebas directas; pero dígase lo que se quiera, deben venir en auxilio las indirectas y las presunciones. Dado esto, claro resulta cuán mal razonan las leyes y los tratados que, bien sea para todos, bien sólo para algunos crímenes, rechazan los indicios y las presunciones, cual si con una sola ó aunque sean

con varias pruebas directas (la confesión, verbigracia, ó el testimonio) se pudiera certificar todo el conjunto múltiple de hechos morales y materiales que se llama *delito.* Supongamos el caso más favorable: Tito confiesa por sí mismo un homicidio y lo atestiguan así personas y cosas. Pero, ¿y si está loco?... Es preciso, pues, ver de rechazar el supuesto de la locura. La mejor prueba y la única entre las directas de la intención criminosa es, sin duda, la confesión, siempre que en el ánimo del reo no haya intención de descubrir á nadie sino á sí mismo tan sólo. Pero puede ocurrir que, sin proponerse engañar, se engañe á sí propio; y tal posibilidad de voluntario ó de involuntario engaño es necesario que quede desechada. El auxilio de los indicios y de las presunciones se impone.

Bien sé que esta admisión de las *presunciones* en las cosas penales suscitará protestas en algunos. ¿Qué puede presumirse en materia criminal sino lo que está probado? Analícense, sin embargo, todos aquellos hechos en que el juicio criminal se desenvuelve, examínense las razones, y no siempre se tropezará con su respectiva prueba. Y es que en todo caso algunos hechos se presumen (V). En el mismo sistema de pruebas legales; empieza el legislador al establecerlo por valerse de las presunciones, y de ellas, además, tiene que

servirse luego el juez para colmar los vacíos que aquéllas dejen. Realmente, ¿por qué declara el legislador fidedigno un testimonio adornado de los requisitos que prescribe, sino porque lo *presume* veraz? Y ¿por qué el juez conceptúa que un individuo sabía las consecuencias de su acción, sino porque *presume* que todo hombre en el goce de sus facultades intelectuales debe saberlo?

Pero pasemos ya á examinar las diferentes cuestiones que el juez debe proponerse para conocer el elemento intencional del delito.

I. *El acto volitivo, ¿fué libre ó no?*

Sin un impulso de la voluntad no se realiza acto alguno: ni el brazo se mueve, ni la pupila cambia... Pero la voluntad es *libre* sólo cuando se determina sin perturbación del sentido ó de la inteligencia; por lo que las acciones cometidas por un loco, por un necio, por un ebrio, por un sonámbulo... no son libres, reputándose cual si fuesen casuales. Teniendo en cuenta, pues, que á falta de pruebas contrarias se *presume la inocencia*, siempre que ocurra un hecho que presente los caracteres exteriores del acto criminoso, se debe, en honor de la humanidad, decir: el que lo ha cometido es un loco, un necio, estaba ebrio, es un sonámbulo.....: no debe de haber delito. Pero de otro lado hay también una contraria presunción

de saber, de inteligencia, de sinceridad, de conocimiento de lo que se hace....., que neutraliza la primera; por lo que, ante un hecho, no se puede menos de atribuirlo á la libre voluntad, debiendo probarlo quien tal niegue. No digo que deba probarlo la defensa. Es, sin duda una manera harto impropia de hablar el decir (por ejemplo) que el acusado debe probar tal alegación, de modo que si no lo hiciese se tenga en cuenta. El acusado no tiene obligación alguna, aun cuando el juez la tenga de investigar y ponderar todos los datos posibles de inculpación y de descargo, ya que no está llamado á darse por satisfecho con una verdad *formal* (como en el procedimiento civil), sino que ha de atender al logro de una verdad *esencial*, para lo cual es preciso que por sí mismo alcance toda la certeza necesaria, al efecto de fundar adecuadamente su sentencia condenatoria ó absolutoria.

En rigor, pues, no es necesario que en su defensa alegue el procesado las causas todas de su disculpa; pero debe presuponerse que en el acto del juicio definitivo, al sentenciar, en suma, no habrá omitido el magistrado ninguno de los medios de certeza que le era dable reunir y obtener tanto en pro como en contra. En su virtud, si se le ocurriese la más leve duda acerca del discernimiento y propósito con que una acción se ha

realizado, debe, sin más, por propia iniciativa, buscar por todos los modos los datos y argumentos adecuados para disipar tal duda y reforzar su creencia. En tal caso, la prueba anula la presunción, ó bien apoya la primitiva presunción de inocencia, ya que no sería racional condenar á uno en la duda acerca de tan esenciai particular. Ahora, sí, se debe tener presente que no ha de ser cosa de una duda pueril, de un vicio escéptico (pues de ese modo no habría sentencia posible), sino que ha de tratarse de una duda bien fundada en argumentos de tal naturaleza, que haga vacilar la presunción favorable á la conciencia que de sí tiene todo hombre.

Una vez presentada semejante duda, la prueba de lo inconsciente del querer, ó sea la falta del libre arbitrio, se puede conseguir de varios modos, directos é indirectos. A veces la ofrece la misma acción: por ejemplo, en el caso de acciones gratuítamente malvadas. Siendo de hecho absurdos los delitos gratuítos, inmediatamente que consta una acción que tiene las apariencias del delito, y por otro lado no se encuentra ni se puede encontrar un motivo, una razón que la explique, se siente uno llevado á pensar que quien la cometió no estaba en sus cabales. Una madre que ama sobre toda ponderación á su hijo, y un día lo mata, porque sí, violentamente, la clasificamos, sin más, por

natural impulso, como demente. Otras veces la acción es en sí misma tan extraña, que desde luego revela en quien la ejecuta un estado anormal de la mente. Consta, verbigracia, que un hombre honrado y piadoso corre por la ciudad blasfemando contra Dios, y luego se entretiene en besar las imágenes de los santos, para pasar más tarde á blasfemar de nuevo... é inmediatamente se ocurre que tal hombre ha sido presa de un delirio, ó que está borracho.

Las enfermedades, permanentes ó temporales, de la mente, que privan de la libertad de querer, tienen como jueces inmejorables los peritos médicos y psicólogos, á los cuales deberá acudir el juez en caso de duda.

Así como hay acciones que implican una voluntad uniforme, así las hay que la excluyen; un ebrio, por ejemplo, no puede urdir una conjura ó un fraude habilidoso; un idiota no puede componer un libro criminoso, un libelo infamante, etc., etc.

Las manifestaciones anteriores ó posteriores al crimen, ofrecen también la prueba del concurso de la voluntad libre en una acción cometida. Resulta esto de los actos y dichos del acusado, el cual, por ejemplo, no podría haber estado dominado por un delirio, al perpetrar un crimen que de antemano proyectara y preparara, y de cuya ejecución diera cuenta á sus cómplices.

II. *El acto volitivo, ¿era perfecto ó imperfecto?* Comprobada la libertad del querer y declarada de este modo la imputabilidad, es preciso indagar los grados de aquélla para, en vista de ellos, juzgar de los grados de ésta y sentenciar á la pena correspondiente. Es imperfecta la libertad cuando interviene una ceguedad parcial causada por pasiones ó enfermedades, que excitan á obrar de un modo que la tranquila razón rechaza. La embriaguez, por ejemplo, ó bien priva por completo de la razón, ó la oscurece; en este segundo caso la libertad del querer ya no es perfecta. Fácil es notar en las personas que se hallan dominadas por la embriaguez de qué modo, sin dejar de tener conciencia de las propias acciones, se ponen, sin embargo, locuaces, excitables, licenciosas, siendo entonces fácil suscitar con ellos pendencias, y siendo fácil que en tal estado injurien, que sean violentos, libidinosos, etc., etc. Sin duda que entonces no pueden conceptuarse dichas personas con responsabilidad normal, y en su virtud, aquellos delitos causados por fuertes pasiones, por exaltaciones imaginativas, por desesperación...., ó que resulten de la ofuscación de la razón, no deben juzgarse sin más, considerando el hecho como la regular manifestación de las intenciones, sino que es preciso estimarlo según un criterio particular. Por lo demás, la prueba de estos vicios de la

libertad del querer se obtiene de igual modo que la de la absoluta falta de libertad.

III. *¿Fué el acto volitivo realizado de improviso ó premeditado?*

Analizando la intención de delinquir, se advierte si ésta ha sido repentina ó maduramente deliberada. Ahora bien, esta circunstancia no puede menos de modificar la imputabilidad de la acción cometida, ya que, naturalmente, atenúa la maldad del agente, el hecho de haber procedido repentinamente, en cuanto la idea surgiera en el espíritu, mientras, por el contrario, la crueldad se agrava, desde el momento en que resulta que el agente ha preparado y pensado con anticipación su acto. En un delito cometido *por ímpetu,* no puede negarse la posibilidad de que, con tiempo, hubiera acaso surgido el arrepentimiento y el desistimiento, mientras que en el delito *premeditado* se revela una mayor tenacidad en el mal, la cual resiste á toda consideración, á todo temor que se la oponga.

En consonancia con esto las sanciones penales cambian, por lo que el juez, para proceder en justicia, debe comprobar también si la determinación de la voluntad (que se supone ya perfecta) fué súbita ó premeditada. En este punto la guía para formar criterio, está en la misma naturaleza del

delito y en las circunstancias de la acción, con más las declaraciones del reo. Y digo que la *naturaleza* misma *del delito,* puesto que á veces es éste de tales condiciones, que nadie puede dudar de la necesidad de un previo detenido estudio y propósito, cual ocurre, verbigracia, en ciertos fraudes y conciertos criminosos.

IV. *El acto volitivo ¿se ha verificado á sabiendas ó no de las consecuencias?*

Aun cuando conste la perfecta libertad del acto, no basta para que la cuestión de la criminalidad se dé por resuelta; es preciso comprobar que se conocían sus consecuencias, que se querían, y esto en virtud de libres determinaciones. En cuanto al conocimiento de los efectos de las propias acciones, vale la presunción de que todo hombre las lleva á cabo á sabiendas de cuáles deben ser aquéllos. Pero á pesar de esto, puede muy bien ocurrir que no sea así, por lo que en caso de duda se debe eliminar semejante posibilidad antes de pronunciar la sentencia. Publio suministra cierto veneno á un individuo, el cual de sus resultas muere; de esto se infiere sólo el envenenamiento; pero es preciso también fijar el conocimiento que del veneno tiene Publio, así como si sabía de sus efectos mortales una vez suministrado. Si Publio es un médico, un farmacéutico, un químico, la presunción de

tales conocimientos brota y se impone espontáneamente; pero no sucede lo mismo si se trata de un ignorante, y sobre todo si el veneno no es común. En tal caso es necesario investigar por el examen de las acciones anteriores, concomitantes y posteriores al delito, si Publio tenía ó no el conocimiento á que nos referimos. Si lo hubiera adquirido furtivamente, propinándole con cuidado para que nadie se enterase; si de la muerte de la víctima podía esperar este ó aquel beneficio; si se demostrase que la odiaba y aunque la había amenazado en alguna ocasión..., entonces se tendrá la prueba buscada con la recta interpretación de semejantes indicios.

La solución de la cuestión relativa á si se tiene ó no conciencia de las consecuencias de una acción, es necesaria, sobre todo, para distinguir los delitos, según que suponen culpa ó dolo. No se puede menos de admitir tal conciencia en ciertos delitos, como son los robos, los estupros, la usura...; la conciencia va implícita en ellos por modo indiscutible. Debe advertirse, además, que tal conciencia puede ser más ó menos perfecta, en cuanto cabe que se conozcan algunas y no todas las consecuencias; en este caso la indagación es más difícil, pues entraña la distinción entre las conocidas y las desconocidas Una persona, en fin, puede realizar un acto que al pronto lo ponga como reo y no

lo sea. Apio, en la creencia de que su mujer ha muerto, se casa; pero resulta que la primer mujer vive; no se le podrá, por esto, considerar como reo de bigamia; pero es preciso que real y positivamente creyera muerta á la mujer primera.

Continuando los ejemplos, tenemos que en el incesto es elemento esencial, no sólo la consanguinidad entre el estuprador y la estuprada, sino el conocimiento del lazo consanguíneo. Para afirmar esto último basta al pronto la presunción de que dos personas que viven juntas en estrecho vínculo familiar (filial ó fraternal), deben conocer su recíproco parentesco. Mevio tira por una ventana un objeto y mata á Sempronio. ¿Sabía él que lo mataría, ó quería sólo herirle, ó tan sólo asustarle?... ¿Y no pudo ocurrir que el acto haya sido ocasionado por motivos tales como una disputa, un descuido, una casualidad? Las relaciones entre Mevio y el muerto, las manifestaciones del primero antes ó después del hecho, y muchos otros indicios y presunciones, aclaran al fin, si y hasta qué punto le será imputable á Mevio la muerte de Sempronio.

V. *¿Qué consecuencias se esperaban del acto volitivo?*

Una vez probado que el autor de un hecho conocía todas las consecuencias del mismo, debe ave-

riguarse cuáles de ellas se esperaban alcanzar; pues no siempre corresponde el acto al propósito, siendo éste más ó menos criminoso. Lucio hiere á un individuo, que cae exánime sin vida á sus pies: ¿quería sólo herirle, ó quería también matarle? Servio toma una cosa á otro, y alega que la creía suya.

En el caso de Lucio, si la muerte era una consecuencia necesaria y conocida de la herida, se le tendrá, sin más, como reo de homicidio: porque no podía menos de proponerse matar, dado que era inevitable la muerte. En el de Servio, para que se le tenga como reo de hurto, es preciso por un lado que realmente supiera que la cosa no era suya, y por otro el *ánimo de hacerla propia* con la *oposición del propietario.* La intención aquí se induce también de los indicios revelados en la acción misma, de las declaraciones y de las pruebas colaterales.

VI. *El acto volitivo, ¿ha sido consecuencia de la necesidad ó de la elección?*

No basta que la voluntad sea libre, que sea perfecta, que suponga el pleno conocimiento de las consecuencias y que resulte definido el propósito; es preciso, además, que se determine en virtud de libre elección, porque aun cuando nos determinemos á obrar, á realizar un acto, si esto ocurre, bajo

la acción de la necesidad que nos domina, no somos responsables. Hay ***necesidad*** cuando interviene una coacción física ó moral, de modo que obramos *queriendo,* y no se tiene en cuenta la contradicción aparente *á pesar nuestro;* tal ocurre en el caso de que un individuo, cogiéndonos la mano, nos haga dirigir el puñal contra un tercero, ó que por virtud de cierto influjo nos constriña á matarle. En tales condiciones no somos más que ciegos instrumentos, movidos por la necesidad; pero es preciso que esta necesidad se demuestre ó que por lo menos se la ponga como probable, cosa que por lo demás no se presume.

Ahora bien, luego que el juez se haya hecho todas estas preguntas y que las haya contestado de un modo plausible, es cuando podrá decir que está cierto de la criminalidad de la acción y de la delincuencia del autor. Cierto es que con frecuencia se prescinde de algunas de ellas, sobre todo si el acusado ó su defensor no hacen hincapié en el asunto: en rigor, se nota al juez muy inclinado á prescindir del examen de muchas de las cuestiones indicadas, merced á la fuerza irresistible con que el hecho material tiende á implicar lo inmaterial, el acto, el propósito. Mas por esto mismo, donde las sentencias se pronuncian por magistrados obligados á proceder con arreglo á los cánones de la certeza legal, y por tanto á justificarlas según

dichos cánones, conveniente sería, sin duda, para evitar las negligencias fáciles, las arbitrariedades posibles en lo tocante á esta prueba intencional, que en su mayor parte resulta de presunciones, que el legislador determinase las principales, y que el juez indicase en la motivación de la sentencia si y de cuáles se vale para convencerse.

¡Grave y peligroso asunto es este de las presunciones!: ó bien se dejan á la libre decisión del hombre, y podrá crearlas á su albedrío, verdaderas ó falsas, ó se declaran por la ley, que no puede menos de prescindir de muchas, por ser las presunciones tan indefinidas como lo son las vicisitudes de los seres humanos. Sin embargo, el segundo es un mal menor, y como tal debe ser preferido. Que el legislador, pues, declare *presunciones legales* las principales de aquellas que resultan testificadas por el sentido y por el asentimiento común de los hombres, y que son como los principios fundamentales de los cuales surgen las otras á modo de corolarios; pero que se guarde mucho de declararlas presunciones absolutas indeclinables, ó *de derecho* y *en el derecho*, como dicen los doctores, esto es, válidas á pesar de la prueba en contrario, ya que la certeza formal no tiene cabida en los ritos penales.

De la indagación relativa al ánimo del hombre anteriormente expuesta, y del conocimiento de sus

estados, se inferirá lo que debe entenderse por la famosa *presunción de dolo* de la antigua jurisprudencia. No es exacto que, dado lo *material* del delito, se deba presumir siempre el dolo; únicamente, como hemos visto, cuando y en cuanto el dolo vaya implícito en la acción.

XL

Del juicio criminal.

Decía César Beccaria que la sentencia es un silogismo; puede decirse con igual verdad que el juicio de donde aquélla surge es, no sólo un conjunto de varios juicios, sino de varios raciocinios, ó mejor un largo y coordinado razonamiento. Conviene ahora recordar (XXXIX) de qué manera en las leyes, en los comentarios y en los Tratados de materias penales, parece indicarse, que el juez no tiene otra fuente de donde obtener certeza que las pruebas, debiendo, según esto, juzgar en vista de ellas. Y así se dice: tal condena se dictó merced á la prueba testimonial; tal otra merced á la confesional, sin parar mientes en que estas pruebas, no hacen más que aseverar algunos hechos que el tribunal tiene como ciertos. Se declara por dos personas que han visto y oído á una tercera injuriar á una cuarta: he ahí, se dirá, probado el delito de injuria mediante deposición testifical, y en su

virtud comprobado todo hecho á él relativo. Pero analizando toda la elaboración mental que indujo al juez á sentenciar, todos los hechos que se han dado como probados (y entiendo por *hecho* cual quier objeto moral ó material, en cuanto se considera como objeto, como término del juicio de los tribunales), se verá que solo uno de aquellos se ha consignado merced á la prueba indicada, que los otros, todos lo han sido con pruebas distintas ó con presunciones, y que, por otro lado, la misma prueba de que se trata ha tenido necesidad de contraprueba efectiva ó presunta. ¿Qué es lo que en rigor prueba el referido testimonio fuera de que un individuo injurió de palabra á otro? ¿Consiste en esto sólo el delilo, ó no es preciso además que el injuriante haya tenido conciencia de su acto, que haya sabido que sus dichos constituían injuria, que haya obrado en serio y no á modo de broma? ¿No es necesario también que el acusado haya sido real y positivamente el injuriante, y no otro que á él se pareciese, hasta poder confundirle, y que los dichos hayan tenido verdadero alcance injurioso, etcétera, etc.? Y aun dado que todo esto se haya resuelto, ¿no hace falta que se hayan admitido como idóneos á los testigos, sin contar con otras comprobaciones merced á las cuales se demuestre que los dos testigos no se han equivocado ni querían engañar?...

Si se sigue todo el proceso lógico por el cual, de juicio en juicio, se va en busca de la verdad, hasta reconocer ésta como necesaria, se llega á aquellas verdades primordiales, á aquellos principios axiomáticos en que el alma se apoya y descansa. Entonces es cuando la mente rechaza la duda; se ha logrado la conciencia de la verdad ó la evidencia, de cuya razón ya no podemos ni darnos cuenta, pero que es razón que existe por sí. El proceso judicial es análogo al proceso lógico; sin embargo, no opera hasta alcanzar las últimas y sutiles investigaciones, detiénese en ciertos puntos intermedios que tiene y acepta como verdaderos. Estos puntos son las *presunciones,* ó sea las verdaderas presuntas, como ya se dijo (V), con que la indagación crítica se alimenta y sostiene. Un metafísico exigiría aun más, querría llegar hasta los *primeros principios*; pero el juez *omite,* ó mejor *supone,* este último proceso lógico para llegar á la última *razón apodíctica* de la certeza, parándose en las *razones hipotéticas* y en los datos de la esperiencia. Por todo lo cual se debe afirmar, de conformidad con lo ya expuesto (V, VII), que bien sean las solas presunciones, bien sean las pruebas avaloradas con el apoyo de las presunciones, constituyen, según los casos, los elementos y los términos de la certeza judicial. Para que se vea clara y prácticamente el cómputo y mental discernimiento

de aquellos extremos en que se origina la *sentencia de hecho* (la cual no es otra cosa que una *certificación),* voy á exponer aquí un caso criminal de los más comunes, elegido á la ventura.

Supongamos realizada una inquisición ó investigación de un parricidio, y supongamos ya el proceso penal en aquel estado en que sólo falta la final y esencial decisión, la sentencia. Los autos ofrecen los datos y objetos siguientes:

I. Declaración del procesado reconociendo el cadáver de su propio padre, afirmando haberle herido según está y yace, en defensa de su propia vida, por haberse vuelto aquél furioso y haberse dirigido al procesado en la furia puñal en mano para matarlo; no reconoce como propio el documento que obra en autos.

II. Deposición de un testigo, el hijo del parricida, de haber visto al abuelo antes de ser muerto atentar contra la vida del padre.

III. Deposición de otro testigo reconociendo el puñal como propio del matador.

IV. Deposición de un tercero de haber oído días antes del hecho al matador amenazar de muerte al padre.

V. Certificación del jefe de orden público, según la cual el matador es hombre de mala índole y vida desordenada y perdida, por lo cual fué

echado de la casa paterna, siendo en cambio el padre buena persona.

VI. Certificación del Registro civil, según la cual el matador es hijo de la víctima.

VII. Cuerpo del delito: puñal encontrado cerca de la víctima, el cadáver de ésta, la herida que se ve en el mismo.

VIII. Documento con el nombre del acusado, en el cual participa éste á un compañero que pronto volvería á la casa paterna.

IX. Declaración ó dictamen de un perito que opina es del acusado la letra y la firma del referido documento.

X. Dictamen de otro perito, el cual afirma que el muerto ha fallecido á consecuencia de la herida que el cadáver tiene, mortal por sí sola, habiendo sido la herida inferida por un instrumento semejante al que se le ha mostrado por el juez.

Tales son todas las pruebas obtenidas y presentadas al juez sentenciador, que las recoge y aprovecha, sea por propia inspección, bien en la vista. Rara vez es posible obtener más; la mayoría de las veces faltan algunas y se precisa de otras (como por ejemplo, el atestado de la paternidad del muerto).

Son tales pruebas de varias clases:

I. En cuanto á la fuente, *reales* la séptima y la octava, y *personales* las demás.

II. En cuanto á la especie, *confesoria* la primera; *testificales* la segunda, la tercera y la cuarta; *oficiales* la quinta y la sexta; *ocular* la séptima; *escrita* la octava y *pericial* las otras dos.

III. En cuanto al modo, *directas* la primera, la segunda, la sexta y la décima, é *indirectas* las demás.

IV. En cuanto al valor, todas *perfectas,* excepto la primera, la segunda y la novena, que son *imperfectas*.

Pero esta nomenclatura y distinción puede variar según el diverso aspecto bajo que las pruebas mismas se consideren. He aquí, de todas suertes, cómo debe proceder el juez al valuar las pruebas, en el supuesto siempre de que cuando alguna falta tiene que acudir al auxilio de las presunciones.

Imaginémonos que el juez hace para sí el razonamiento siguiente:

Todo hombre se presume inocente; pero tal presunción no vale respecto del acusado, ante el concurso contrario que ofrecen las pruebas. Ahora veamos qué es lo que le imputan tales pruebas: El acusado afirma haber herido de muerte á su padre, que yace exánime. No consta que esté loco; debo,

pues, presumirle cuerdo. No puedo presumir que se haya equivocado, creyendo antes ó en el momento de realizar el acto que hacía cosa distinta de la que hizo, pues no cabe equivocación tal en asunto tan grave y terrible; ni tampoco cabe que mienta, pues no es presumible una mentira en este caso y circunstancias; ni que lo haga por jactancia, pues es inverosímil este supuesto ante la majestad de los jueces, en la perspectiva de una gravísima pena; frente al cadáver de un padre, hipótesis semejante es inadmisible. Podría ocurrir que, independientemente de la herida, su padre hubiera muerto por causa fortuita; pero los peritos declaran que las cosas han pasado de otro modo, esto es, que la muerte ocurrió á consecuencia de la herida, tal como aparece y tal cual lo confiesa el procesado. Y no parece que el perito se equivoque, ya que está adornado con todas las condiciones que hacen de él perito idóneo, veraz y sabio. Sería dudoso, si la disciplina en que es maestro, la medicina, no pudiera ofrecer esta absoluta decisión; pero presumo que sí. Consta, pues, que el procesado ha inferido al muerto lesiones tales que producen consiguientemente la muerte, como realmente ha ocurrido. Verdad es que declara aquél que ha obrado en defensa de su propia vida, por lo que no deben serle imputables; y ciertamente, como la inocencia milita siempre en favor de todo hombre,

sería preciso considerar verídica su disculpa, si no mediaran datos contrarios, que es lo que ahora ocurre. Es cierto, sin duda, que un testigo, el único presente en el momento de la muerte depone de conformidad con el procesado; pero tal deposición, como sospechosa (vicio que no se ha contrarrestado por contrarios datos), no vale. No cabe, en rigor, ante la oposición de los demás testimonios intachables de los peritos, de los documentos públicos, de los cuerpos del delito, todos los cuales descubren ó implican hechos que de un modo ó de otro lo contradicen; la sospecha nace de la condición del deponente, hijo del procesado (cointeresado natural en salvarlo, y por lo tanto, interesado en mentir): no puede, por tanto, dársele fe. Ahora bien, de todas las demás pruebas procesales resultan más ó menos probadas exteriormente, los siguientes hechos que contrarían las afirmaciones del procesado y del hijo y que son otros tantos indicios más ó menos vehementes de su culpabilidad. Primero el puñal (con el cual se ha admitido que la muerte fué perpetrada), además de haber sido reconocido por el matador mismo y de haber sido encontrado cerca del cadáver, un testigo idóneo declara que es el que el matador traía siempre consigo. Ahora bien: ¿cómo suponer que el muerto haya atacado? Y ¿cómo no suponer la intención homicida en el matador si iba armado?... Segundo,

el matador, unos días antes del hecho, amenazaba de muerte á su padre; no se amenaza por amenazar de ese modo... Tercero, el muerto era un buen hombre; en cambio el matador era un miserable y malvado; aquél no tenía interés ni inclinación para delinquir: éste sí. No hay duda que, en igualdad de circunstancias, el segundo debe considerarse reo con preferencia al primero... Por último, el acusado escribió á un amigo suyo que en breve regresaría de nuevo al hogar paterno. ¿Cómo explicarse esto en él, en el expulsado? ¿Esperaba acaso que su padre se hubiera arrepentido? Si así fuese, ¿cómo explica el ataque furioso del padre contra su vida? Ante esa manifestación, ante afirmación tal, ¿no se ve claro el negro propósito de penetrar en el hogar doméstico con el objeto de hacer lo que hizo?... Estos cuatro indicios, más ó menos vehementes, no contradichos por otros, nos llevan á pensar que, siendo necesario reconocer el propósito homicida en uno de los sujetos del delito y no en el otro, indudablemente debió de estar en el sujeto activo, en el matador. Y ¿no hay todavía un último grave indicio, es á saber: que si éste quería tan sólo defenderse podía haberse limitado á los primeros golpes y no insistir hasta el último extremo? ¿Puede pensarse que no sabía que aquellos eran mortales? Pero no se presume siempre que todo hombre sabe que, cuando hiere en ciertas

partes y con ciertas armas y de cierto modo, mata. Ahora bien; tenemos cinco argumentos contra la presunción de la inocencia, y demasiado graves para no inducir á la mente á estimar el dolo del procesado. Se necesita que estos argumentos surjan de hechos que estén probados, y así sucede; está probada la posesión del instrumento, la amenaza, el móvil, las anteriores manifestaciones y la necesidad del efecto y mucho más. Y se ha logrado esto merced á la prueba externa, que es testimonial para el primero y el segundo, testimonial oficial para el tercero, real y pericial para las otras dos. Verdad es que si esta prueba externa es perfecta (dado que reune todas las condiciones por las que se puede presumir certificante) en los dos testimonios, en el documento público y en la inspección, sin embargo, en cuanto al documento privado, hay duda acerca de la fuerza del dictamen pericial. Si la carta fuese evidentemente del procesado, ofrecería prueba plena de cuanto contiene; pero no se puede presumir auténtica, como se presumen los documentos públicos. Es preciso probarlo; mas ¿cómo? El perito no da, ni puede dar, más que un juicio de probabilidad, siempre dubitativo, porque la comparación de la letra lo más que puede probar es la igualdad, nunca la autenticidad, ya que varios hombres pueden tener una misma letra. La prueba externa, pues, del do-

cumento es imperfecta; mas se trata de un apoyo que, si por sí solo nada valdría, puede valer algo unido con otros; aparte de que cabe prescindir de él si los otros bastan. En cuanto á las amenazas verbales y á las manifestaciones escritas el defecto que resulta de su prueba interna se suple con la presunción de la veracidad y de la seriedad de los dichos, cuando no hay interés en mentir... Entre las diferentes pruebas y las presunciones, parece, por tanto, sentado que el acusado ha matado deliberadamente á una persona, cuyo cadáver consta á presencia de los jueces; está, pues, probado el homicidio, siendo reconocida la víctima por los testigos y por el matador mismo como el padre de éste. Mas ¿quién lo sabe? ¿No puede haber engaño?... No es de presumir. Además, ahí tenemos la certificación pública (del Registro parroquial) que demuestra que el matador es hijo del muerto. Pudo, sin duda, ocurrir el engaño en el mismo Registro, pero no es de presumir. Mas aun cuando resulte demostrada la paternidad, para el parricidio es necesario que el hijo tuviese conciencia de la misma, la cual se ha confesado por el procesado; circunstancia que por lo demás se presumiría.

Caben todavía otras dudas: en efecto, ¿no podría el muerto ser un tercero parecido al padre del homicida? ¿No pudo éste estar loco ó alucinado ó per-

turbado de cualquier otro modo en el momento del hecho? La falta de pruebas, casi imposible en estos casos, se suple con contrarias presunciones. Podrían también surgir otras dudas en cuanto á la manifestación de la prueba misma ante el juez: ¿es que acaso no pudieran ser entendidos malamente los testigos y los peritos? ¿No cabe que los autos judiciales hayan sido enmendados? ¿No es posible una mala interpretación de éstos? ¿No es dable una errónea percepción de las cosas por los sentidos?.... De aquí nace también la necesidad de otras presunciones que en gracia á la brevedad se omiten. Por último, es preciso demostrar que el texto de la ley con el cual el hecho se juzga es el verdadero, y tiene aquel sentido y no otro. Y basta, pues, porque si hubiéramos de notar aquí todas las presunciones, expresas ó tácitas, que en un juicio criminal son necesarias, no acabaríamos nunca. Pero este breve ensayo es suficiente para dar una ligera noción, ya que no otra cosa de toda aquella sucesión de ideas y de juicios que conspiran para procurar las verificaciones criminales; en lo expuesto habrá resultado claro que no bastan sólo las pruebas, y mucho menos una sola, para lograr las apetecidas comprobaciones, digan lo que quieran á este propósito el vulgo y los prácticos curiales.

Por este mismo examen analítico (del cual re-

sulta la síntesis de la sentencia) se observará también que, en primer término, el juez estudia las pruebas en particular, teniendo presentes las presunciones; luego considera todos los eventos que pueden demostrar la inocencia ó atenuar la delincuencia del procesado, ó bien lo contrario; seguidamente pone en relación las diferentes pruebas particulares y las presunciones; elimina las que no tienen fundamento ó no resisten los contrastes, y acepta las que resultan firmes después de semejante experiencia; por último, decide afirmativamente, cuando vencidas todas las dudas, su ánimo se inclina en virtud de una moral necesidad á la solución resultante de la prueba triunfante.

Por lo demás, las suposiciones y las eliminaciones de las cosas pueden resultar defectuosas, por lo que son harto difíciles.

Más arriba nos hemos referido (V) al grave indicio (y á la presunción legal) de infanticidio que se induce de haber dado á luz una mujer y de haber desaparecido la criatura; ahora bien: véanse las posibilidades que en tal caso caben. Puede haber:

I. Abortado involuntariamente, ó
II. Voluntariamente, ó
III. Dado á luz un niño muerto, ó
IV. Vivo;

V. Arrojado el feto, ó
VI. Sepultado el niño nacido muerto;
VII. Ocultado;
VIII. Expuesto, ó finalmente,
IX. Dado muerte al nacido vivo.

En estos casos no puede haber responsabilidad penal más que en los II, VIII y IX, si se averiguan las siguientes acciones punible:

I. Aborto procurado.
II. Exposición del niño.
III. Muerte del niño.

Procediendo ahora por eliminación, puede y no puede haber delito en estas tres acciones, según que no concurran ó concurran circunstancias que las hagan inimputables, esto es, ignorancia ó error de hecho, locura, perturbación de los sentidos, necesidad de salvar la propia vida... Y aun en el supuesto de que todas estas posibilidades se eliminaran, queda por ver si fué la madre el reo ó bien lo fué un tercero. En estas sutiles indagaciones una inteligencia vulgar se pierde y marea; de ahí nace un gravísimo peligro para la inocencia, cuyo remedio supremo está en las facultades y habilidad del Juez.

XLI

De los aforismos de la crítica y de los cánones del juicio.

Ya se habló antes (IV) de aquel regulador ideado por Bentham para determinar numéricamente los grados de persuasión. Otros juristas, y especialmente los antiguos doctores, sin llegar ahí, sometían las pruebas á un cálculo y á un cómputo material, dividiendo, restando, sumando, no sé bien si vana ó locamente. Sin duda la jurisprudencia es capaz de una gran precisión casi matemática (de la cual nos dieron buen ejemplo los jurisconsultos romanos); capacidad que, por otra parte, no cabe negar á aquellas de sus ramas que se refieren á la prueba, ó mejor á la comprobación de los hechos, y que yo he llamado *crítica judicial,* pero dentro de ciertos límites y huyendo de exageradas pretensiones. Supongamos un sistema coordinado de principios distintos, definidos, adecuadamente adaptables á los múltiples hechos que pueden ser objeto del juicio, y se tendrá ya un método crítico suficientemente seguro. Supuesto y sentado el principio general de que *todo hecho se reputará cierto cuando concurran tales y cuales caracteres intrínsecos y extrínsecos,* todas las otras determinaciones particulares no son más que sus

consecuencias. Tal cosa se debe estimar averiguada cuando sea probada; tal otra cuando se presente de esta ó de aquella manera; y así se tiene un conjunto de normas, que pueden guiarnos en el cómputo de las pruebas y de las presunciones. Dése á toda norma un nombre, un número, una letra, un signo cualquiera; hágase que tal sistema cunda y se aprenda por todos, que llegue á ser de uso general y común, ya que no en la plaza pública, á lo menos en los tribunales, como un sistema de pesas ó de monedas, de modo que los signos nominales, literales ó numerables no dejen de tener ese sentido, y entonces se podría decir con lenguaje definido y fácil para el razonamiento: tal hecho se ha verificado según tales ó cuales cánones. Es lo único que puede obtenerse en la tentativa de una jurisprudencia crítica que tenga cierta precisión matemática, y es lo que, aunque imperfectamente, ocurre en los códigos que estatuyen y regulan la certeza legal. Otra cosa es simplemente un delirio, análogo á aquél de Buffon cuando en su ensayo de aritmética moral, después de muchos cálculos, afirma que la certeza física está respecto de la moral como 22.189 999 á 1.000.

Todo sistema de jurisprudencia, todo reglamento legal acerca de la probranza criminal, debe tender á fundarse en aquellos principios de crítica que he procurado desenvolver en el curso de esta obra

y que ahora resumo. La jurisprudencia y la ley, por motivos de prudencia y de conveniencia política, podrán sin duda añadir alguno más (como, ejemplo, prescribir el doble testimonio cuando bastaría el testimonio único); pero será siempre en este mismo orden lógico. La práctica solo puede separarse de la teoría en lo accesorio; lo principal es obra de los indeclinables principios de la razón crítica. Por esto donde existe la institución del jurado (y pienso que este estudio mío argüirá respecto de su oportunidad), donde se puede prescindir de reglas positivas, es donde más importa tener presente estas leyes filosóficas. Según ellas, y no según cierto ciego instinto (como algunos creen), es como debe producirse un *natural é íntimo convencimiento*. Es preciso, en verdad, saber darse cuenta del mismo, lo cual no se puede de otro modo que con la crítica. Esta, tal cual yo la comprendo científicamente y cual la vengo tratando, no es más que una indagación de las razones persuasivas, que tiende además á encontrar y á formular sistemáticamente lo que muchos sienten y pocos tienen conciencia de ello. Es indudable, los *jueces de hecho* pueden prescindir de todo precepto legal, pero no pueden prescindir de esos preceptos lógicos. Así que, si no es necesario que tales gentes penetren todas las sutilezas de la jurisprudencia, es sin embargo, preciso que, además

de la *probidad* y del *buen sentido* (únicas dotes hasta ahora exigidas), tengan una aptitud especial para los razonamientos difíciles y un cierto conocimiento de la lógica. Notorios son los errores de los jurisconsultos; imagínense los de los hombres vulgares que no tienen práctica alguna en esta clase de asuntos. Por lo que, si me asiste la razón y si la probanza se llevase á su verdadera fuente, la lógica, no hay duda que los jurados no podrían, ser elegidos sino entre personas que, además de ser probas y sensatas, fuesen perspicaces y ocultas en grado sumo. Pero he aquí ahora ya los aforismos críticos que deben ordenar los juicios de hecho.

Cánones del juicio.

1. *Para que una persona se repute reo, es preciso la certeza de su delincuencia.*

2. *La certeza (que es subjetiva) es aquel estado del ánimo en virtud del cual se estima una cosa como indudable.*

3. *La verdad (que es objetiva) es la conformidad de la idea con la cosa.*

4. *El ánimo alcanza la certeza siempre que logra obtener los caracteres de veracidad, esto es, de conformidad con lo verdadero.*

5. *Son fuente de certeza (además del razonamiento) los sentidos del juez y las referencias de los demás.*

6. *La existencia de un hecho se considera indudable cuando es necesaria.*

7. *La necesidad de un hecho resulta cuando no puede ser de otra manera.*

8. *La necesidad es de tres especies: metafísica, física é histórica; la primera es apodíctica, las dos últimas hipotéticas: es decir, aquélla lo es en un sentido propio, éstas en un sentido impropio.*

9. *La necesidad metafísica se justifica en virtud de este axioma: un razonamiento, basado en principios incontrovertibles y llevado según las reglas de la lógica, debe ofrecer como resultados inferencias conformes á la verdad.*

10. *La necesidad física se justifica según este otro axioma: las manifestaciones del sentido interior y exterior deben corresponderse precisamente con los objetos de que se derivan.*

11. *La necesidad histórica se justifica según este tercer axioma: el hombre dice la verdad siempre que no tenga interés en mentir.*

12. *Por consiguiente, pues, la certeza es de tres especies: metafísica, física é histórica.*

13. *Los medios de la certeza son las pruebas y las presunciones.*

14. *El delito es un hecho complejo, y para que resulte certificado, es preciso que sean probados ó pre-*

suntos los hechos simples (circunstancias) de que se compone; así, pues, cuando estos últimos consten armónica y conjuntamente, consta desde luego aquél.

15. *Las presunciones son principios ó nociones recibidos como verdaderos del juicio común de los hombres, y los cuales cuando concurren libran de la prueba.*

16. *Las principales son: la de la inocencia, la de la conciencia del acto y la de la veracidad de los hombres.*

17. *Las circunstancias que constituyen la perpetración material del delito y su generación, no se pueden presumir: se deben probar.*

18. *Cuando no consta la gravedad de un delito, se estima la menor gravedad del mismo.*

19. *La conciencia del hecho propio, así como el conocimiento de la ley promulgada, se presumen.*

20. *Nadie delinque sin motivo, y con mayor razón nadie obra á conciencia en perjuicio ó daño propio.*

21. *Para que la certeza derivada de una presunción se desvanezca, es preciso una prueba que la contradiga.*

22. *Las pruebas son aquellos medios de adquirir certidumbre merced á la huellas que todo hecho particular deja en la mente de los hombres y en las cosas.*

23. *Por esta razón las pruebas son personales ó reales: aquéllas ofrecen la certidumbre histórica, éstas la física; debiendo, sin embargo, advertirse que una prueba personal puede emerger de una real, ó bien ésta de aquélla.*

24. *Una prueba es perfecta cuando entre el hecho que declara y el real haya una relación de necesidad moral ó material, ó sea cuando la declaración del hecho cierre todo camino á la duda.*

25. *Así el testimonio de los propios sentidos, libres de engaño, ó el de un tercero que no se haya equivocado y no quiera engañar, son pruebas perfectas del hecho percibido por los sentidos propios, ó inducido de otro que á su vez lo haya percibido de igual manera.*

26. *Para conocer la relación de necesidad entre una prueba y su objeto se procede por vía de eliminación: una vez rechazados todos los motivos que la ponen en duda, rechazados todos los significados y los hechos posibles contradichos á consecuencia de otras pruebas, el significado, el hecho que resulte no contradicho, es el necesario, el verdadero.*

27. *En una causa penal se requieren tantas pruebas directas ó indirectas, internas ó externas, cuantas sean las circunstancias consideradas y necesarias para constituir el crimen.*

28. *Las pruebas son internas cuando se consideran con relación al objeto que ha de probarse; externas, refiriéndolas á los instrumentos animados ó inanimados de donde surgen.*

29. *Son además directas ó indirectas según que se refieren á las circunstancias sobre que recae el juicio ó á otras de las cuales aquéllas se induce:*

30. *La circunstancia que induce á las inducidas se llaman indicios.*

31. *Los indicios (como pruebas internas) deben suponer perfecta la prueba externa (directa é indirecta); pero no hace falta que sea diversa para cada uno de ellos.*

32. *Los indicios son de tres clases y se resuelven ó en los extremos que dan origen al delito, ó en las huellas que deja, ó en sus manifestaciones.*

33. *Una circunstancia inducida (una inducción) es natural y probatoria cuando hay una relación de necesidad entre ella y la otra de donde se induce de tal modo, que ésta no pueda subsistir sin aquélla.*

34. *Las pruebas perfectas dan, ó un indicio necesario, ó un cúmulo necesario de indicios consiguientes con relación á la circunstancia á que el indicio se refiere.*

35. *La deposición testifical prueba perfectamente cuando no surge duda respecto de si el testigo se ha equivocado ó si quiere engañar.*

36. *Si tales condiciones concurren en un solo hombre, su deposición única es suficiente.*

37. *Del propio modo, una vez excluído el elemento de duda, la deposición del reo y del correo y de cualquier testigo sospechoso, prueba perfectamente tanto el hecho como la imputabilidad.*

38. *No se engaña aquel que, estando provisto del necesario discernimiento y con sus sentidos sanos, ha observado atentamente un hecho.*

39. *No quiere engañar quien no tiene interés en mentir.*

40. *La esperanza de obtener un beneficio importante, el amor y el odio hacen presumir el referido interés.*

41. *Las causas que inducen á involuntario ó voluntario engaño, en todos ó en ciertos casos, hacen incapaz, absoluta ó relativamente, á una persona en la función de la prueba.*

42. *Tienen incapacidad absoluta (inhábiles) de engaño involuntario los locos y los imbéciles, los ciegos respecto de las cosas que han debido ser vistas, los sordos para las que han debido ser oídos, y los niños (en el sentido filológico de esta palabra).*

43. *Tienen incapacidad relatiua y condicional (sospechosos) en virtud de engaño voluntario los acusados, los cointeresados, los parientes, los compañeros beneficiados, amigos, dependientes, en caso de disculpa; en caso de inculpación los que esperan un beneficio á consecuencia de la acusación ó de la condena, y en ambos casos los que no se reputan fidedignos por sus malas costumbres, infamias, delitos cometidos (cómplices, correos).*

44. *Las cosas (mediante su inspección) constituyen prueba perfecta cuando no se suscita la duda de su falsedad (falsificaciones, disposición artificiosa).*

45. *Sin embargo, la comprobación del elemento material ó cuerpo del delito puede hacerse por un modo distinto de la prueba real.*

46. *Un documento prueba las cosas á que se refiere cuando no se suscita duda sobre su autenticidad ó veracidad.*

47. *El documento público que reune los requisitos prescritos, por las leyes ó por las costumbres, se presume auténtico (original, genuino).*

48. *El documento privado no se puede presumir de quien figure como autor no certificándose esto por este ultimo ó por terceros que lo sepan, ó bien en virtud de indicios circunstanciales necesarias aseveradas por peritos.*

49. *Se considera verídico un escrito en su tenor mientras militen en pro de tal opinión las razones mismas de la prueba testifical: esto es, que el que lo ha hecho no se haya equivocado ni haya querido engañar.*

50. *En el caso de colisión de pruebas perfectas testificales, ó de perfectas con imperfectas, apoyadas en presunciones (bastando), por ejemplo, la de la inocencia), se anulan mutuamente.*

51. *En la síntesis probatoria final debe haber armonía entre las diferentes pruebas y debe surgir de ella un nexo necesario, sin que quede duda alguna.*

52. *Es requisito esencial para que una prueba personal perfecta sirva, su verosimilitud y posibilidad; por tanto, no solo debe ser contradicha por otra, sino que no ha de ser por sí imposible ó simplemente inverosímil.*

53. *Es inverosímil todo aquello que se opone á lo*

que comúnmente se cree; é imposible lo opuesto á lo que de ordinario sucede.

XLII

Del sistema crítico adoptado y de la falibilidad de los juicios humanos.

Las expresadas reglas, tan brevemente formuladas y fácilmente comparables con las de ordinario admitidas, ponen de relieve con toda claridad el sistema crítico adoptado, dando de ese modo margen á que sea dable considerarlas como paradógicas en ciertos puntos, que si bien se encuentran aquí y allá en la doctrina de algunos autores, se apartan, sin embargo, de las opiniones comúnmente sostenidas. Así, por ejemplo, el testimonio único probatorio se admite (fuera de los delitos de alta y baja traición) por la jurisprudencia inglesa, pero no por la jurisprudencia común de Europa (XXIV); la necesidad de la existencia del cuerpo del delito, para probar éste, se mantiene por casi todos los tratadistas, y sin embargo, alguno, como Bernardi, la rechaza y dice: «que cuando se trate de un homicidio no es absolutamente necesario que exista el cadáver del muerto. Pues se abriría amplia puerta á la impunidad si todos los malvados que hubieran logrado cegar

los ojos de la justicia para que no viera la víctima de su barbarie quedasen impunes y libres, con semejante precaución, del peso de la ley» (XXX). Pero estas doctrinas son excepcionales; tal vez hasta contradictorias, con aquellas mismas con quienes se enlaza y relaciona en el sistema general, y si yo no me engaño pueden llamarse furtivos destellos de la verdad. En cambio, si en mi sistema resultan aducidas, lo están, no incidental ni inconscientemente, sino cual consecuencia indeclinable de un ceñido razonamiento. De este modo se evitará cierta anomalía lógica que en los contrarios sistemas existe; basta fijarse, si no, en los dos mismos ejemplos indicados; en efecto, ¿por qué si un único testimonio basta en los delitos ordinarios no basta en el de alta traición? ¿Por qué si la prueba material de la generación no es precisa en los delitos de hecho transitorio se ha de requerir en los de hecho permanente?...

Refiriéndonos al testimonio único, háse notado, no sólo que fué admitido como excepción en los pasados tiempos para ciertos delitos de varias legislaciones que lo rechazaban por lo general, sino que la jurisprudencia moderna lo admite en ciertos casos. Realmente, ¿qué es al fin y al cabo la confesión sino el testimonio de uno solo? Limitando nuestras citas al reglamento probatorio austriaco, que es uno de los mejores, tenemos que, mientras

prescribe como regla general que para la prueba plena es menester el testimonio á lo menos de dos testigos, en cambio prescinde de este requisito (sin hablar de la confesión) en los siguientes casos en los que vale la deposición singular:

I. Del perjudicado para probar la índole del hecho ó las circunstancias agravantes del delito.

II. De aquél ó del detentador de la cosa para probar el importe del daño.

III. De cualquiera para probar las circunstancias exigidas «para elevar á prueba legal la confesión del procesado», y por último, para probar cada una de las repeticiones de un delito continuado y reiterado, un indicio ó la parte de un indicio. Lo primero, porque para la comprobación del delito completo en el primer supuesto han declarado ya dos testigos; en el segundo hay un número mayor de indicios de los ordinariamente prescritos y más de dos testigos, y en el tercero, porque la otra parte del indicio está probada con otros testigos. Ahora bien; aun cuando la admisión del testimonio singular no se conceda más que concurriendo otros sigulares, es lo cierto que basta para la indicada circunstancia un solo testigo. Y como en buena lógica no hay razón suficiente que demuestre el por qué en un caso un testigo intachable prueba ciertas circunstancias y no otras, es un he-

cho que, al aceptar y al rechazar la deposición de uno solo, se incurre necesariamente en una contradicción. Contradicción, por lo demás, que no se puede justificar, atendiendo á que la deposición singular, pueda bastar, en ciertos casos, cuando es de testigo intachable, y no sea prudente estimarla como suficiente en otros más importantes, sin que por ello se rechace la virtual validez de la deposición misma.

Y ciertamente, teniendo en cuenta (aun en el supuesto de la aceptación del verdadero sistema crítico) que en el uso práctico, por negligencia ó por ignorancia, no es posible la aplicación, perfecta siempre, de dicho sistema, que se proponga determinar leyes invariables para el juicio, debe exigir con exceso para evitar el defecto. Así, en lo tocante á los testigos, aun cuando bastaría una persona estando dotada de los requisitos que garantizan su idoneidad (*no estar equivocada ni pretende engañar*), sin embargo, ante el temor de que los requisitos no se lleguen á hacer constar adecuadamente, y ante la consideración de que tal peligro se aminora, acudiendo á varias personas (en la persuasión de que cuando una no reuna los requisitos quizá concurran en otra), puede ser conveniente, no en pro de la *recriminación,* sino en defensa de la inocencia, exigir que para sostener la acusación se necesitan á lo menos dos testigos.

Pero frente á todo lo que venimos exponiendo en nuestro discurso se levanta un pensamiento triste é inquieto que se opone y lucha con nuestras lógicas lucubraciones. ¡Me refiero al perpetuo testimonio, á la conciencia de lo mísero que los hombres somos, y á la falibilidad irremediable de los juicios humanos! ¿Qué vale, en verdad, nuestra certidumbre? ¿Qué vale esta nuestra persuasión de una verdad ante la posibilidad de lo contrario, del error, de la falsedad? ¡Cuál ciegos caminamos en la oscuridad, siguiendo un guía que nos puede perder! ¡Hemos fabricado ídolo y altares, hemos soñado ilusiones y terrores, premiado y castigado, glorificado y censurado, engañándonos mil y mil veces..., y mil y mil y siempre podremos engañarnos!...

La verdad sólo brilla en Dios que es la *Verdad;* en los mortales luce débilmente, como lámpara tenue en las tiniebias. Loco en verdad es nuestro orgullo cuando á pesar de eso nos atrevemos á decidir la realización de actos tremendos, sin dejar un recurso para revocarlos y repararlos; para ser sabios nuestros juicios, deben ser prudentes, deben ser previsores. El ilustre Resmini, en su *Nuovo saggio sulla origéne delle idee,* advierte cómo «el entendimiento ó la voluntad (que tanto monta) pueden dar su *pleno asentimiento* de cualquier modo y ser no obstante más ó menos *pro-*

visional; y cuenta que este carácter de provisional del asentimiento es lo que distingue al hombre sabio del hombre precipitado y temerario». Por donde se ve que si el juez es materia criminal debe pronunciar un juicio, á pesar de la posibilidad del error, debe hacerlo condicionamente. En rigor, «cuando se contempla la certeza del lado de la *persuasión* y del assenso, el estado de una mente que ha llegado á ponerse de ese modo puede llamarse razonablemente estado de *certeza* si no titubea ya ni tiene duda, ni está indeciso... Este asentimiento *pleno* de una parte, y por otra *provisional,* que los prudentes usan y aplican á tantísimas cosas de la vida presente, evita muchos peligros: que, I, siendo el asentimiento *pleno,* esto es, acabado y completo, no deja aquella indecisión é inquietud en la mente que de un modo natural engendra la duda... II, y siendo *provisional,* de la manera dicha, evita el error, del cual no se podría salvar un absoluto é inmutable asentimiento...»

Ahora bien: hay entre las penas, una exorbitante y cruel: la pena de muerte, que, á través de los siglos, á partir de los primeros agregados humanos, se impone, y la cual es ¡irremediable! Ya en un discurso mío, al señalar los pecados capitales del capital suplicio, me refería directamente al que resulta de su carácter irreparable, y ahora

mismo me complazco y gozo al poder reafirmar y avalorar en estos nuevos estudios (y espero hacerlo también en los futuros) mi fe. Si nuestra certeza no es una verdad (la cual existe en el objeto y no en el sujeto), sino una persuasión de la verdad que puede ser errónea, es preciso, al determinarnos á realizar una grave empresa, que no cerremos por completo el camino para retractarnos y remediar el yerro. Unicamente la necesidad de determinarse ineludiblemente á obrar puede autorizar á elegir entre varias cosas dudosas aquella que presenta caracteres de una mayor probabilidad, aun cuando la elección sea irrevocable. El magisterio penal, que tiene que ser imperfecto, por correr á cargo de seres falibles, toca, sin embargo, á lo más esencial, á los goces domésticos, á la libertad, á la patria, al honor. En su virtud, la sentencia penal es un acto de tal naturaleza que exige y reclama el auxilio de todos los recursos de que el hombre puede disponer; su base debe ser la certeza. Pero como esta certeza puede ser errónea, y por tanto la sentencia injusta, ninguna de las penas que es dable imponer producirá la alarma y la protesta que una pena capital; y se comprende: la condena á una multa, la confiscación, la prisión, los trabajos forzados, la infamia....., son siempre menos graves que la pena de muerte, por ser siempre

remisibles y reparables. El daño y la vergüenza cabe extirparlos ó resarcirlos. El ciudadano penado por la ley puede ser rehabilitado por ella. Aquietadas las pasiones de un período, apagados los odios, disipados los temores, las cadenas pueden caer deshechas ó rotas. Camilo, un desterrado; Víctor Pisani, un prisionero, podrán al menos combatir por la patria y salvarla.

Cuanto más se investiga la verdadera naturaleza de la certidumbre y de las pruebas, ya lo he dicho, más clara se ve la posibilidad del error en los juicios; así que quien no se decidiora á rechazar las penas irremisibles en vista de otros argumentos de justicia, ó por sentimientos de moralidad y de piedad, debería hacerlo ante esa sola consideración. ¡Los legisladores y los jueces, ya que no por las víctimas, por ellos mismos, por su responsabilidad ante los tribunales de la justicia infalible y de la historia, no debieran cerrar las esperanzas al arrepentimiento!

Y doy término así, defendiendo la santa causa de la humanidad, á estos estudios de lógica aplicada al derecho, no sin desconfiar de mí mismo y sin pensar en la posibilidad de haber caído en nuevos errores al combatir los antiguos. Yo creo que habrá mucho sin duda que censurar en este libro; pero, sin embargo, algo habrá aceptable. La esperanza de que en el libro se contenga tal cual

verdad, me anima á desafiar las censuras, aun cuando sean merecidas; al fin los progresos de la civilización y del saber proceden siempre entre equivocaciones y desengaños; el individuo sucumbe, pero la especie mejora. Puede ocurrir también que no siempre se me comprenda, ya por defectos, ya por omisiones en que habré incurrido, ya, en fin, por haber usado constantemente de cierto laconismo y frialdad, bajo la ansia sentida para llegar pronto al fin, lo cual me ha impuesto por modo necesario una forma de estilo que revelará las circunstancias tristísimas en que el autor escribe, constreñido contra su voluntad á emplear argumentos de hielo, mientras á su alrededor impera un calor volcánico.

Ahora, aun cuando en toda obra literaria, aunque sea ésta de jurisprudencia, se debe cuidar mucho de la propiedad del lenguaje, no puedo menos de reconocer el defecto en que he incurrido al usar ciertas palabras que no son ciertamente las más puras, algunas hasta bárbaras ó nuevas. Pero como no tenemos modelos notables de noble prole italiana que imitar en la materia, fueme preciso seguir, donde pude, á los escritores no puros, y donde no he podido, atreverme á ciertas libertades de locución, cuidando de hacerme entender con facilidad y precisión. Por lo demás, de lo que he huído es de la vaguedad, de los

arcaísmos y de los neologismos, evitando así escribir enmarañadamente como se usa entre ciertos doctores, prefiriendo la simple dignidad sin pompa.

FIN

INDICE

Páginas.

Páginas.